



Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 11 Dic. 2009, rec. 669/2009

Ponente: Delgado García, Joaquín.

Nº de Sentencia: 1247/2009

Nº de Recurso: 669/2009

Jurisdicción: PENAL

Tipo de recurso de la resolución: CASACION

ABUSOS SEXUALES. Sin acceso carnal. Delito continuado. Prescripción del delito. Fijación del día inicial del plazo. Abusos sexuales con penetración anal. Aplicación de la redacción original del CP 1995, en la que no aparecía ninguna agravación de este delito en relación con el prevalimiento de una situación de superioridad. ATENUANTES ANALÓGICAS. Dilaciones indebidas y retraso en la formulación de la denuncia. Este tema no se planteó en la instancia por lo que no cabe traerlo al recurso de casación. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Derecho a la doble instancia. Asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Declaración de la víctima. Valoración razonable de la prueba para justificar la condena del acusado. COSTAS PROCESALES. Imposición al acusado de las costas devengadas por la acusación particular.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil nueve

SENTENCIA

En el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal pende, interpuesto por el acusado Prudencio representado por la procuradora Sra. González Díez, contra la sentencia dictada el 2 de febrero de 2009 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que le condenó por un delito continuado de abusos sexuales, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han reunido para su deliberación y fallo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y ponente, Joaquín Delgado García.

I. ANTECEDENTES



1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Sanlúcar la Mayor instruyó sumario con el nº 2/05 contra Prudencio que, una vez concluso, remitió a la Sección Cuarta de Sevilla que, con fecha 2 de febrero de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado, y así se declara, que: el procesado Prudencio , nacido el 25 de diciembre de 1949, sin antecedentes penales desde el año 1989 mantiene relación estable de pareja con convivencia con D^ª Sagrario , habiendo residido junto con los tres hijos de ella en la localidad de Azanalcóllar (Sevilla), donde se trasladaron a vivir como unidad familiar durante el año 1991.

Durante el ejercicio de esta convivencia y desde que la hija de su pareja, Felicidad , nacida el día 11 de mayo de 1985, contaba la edad aproximada de seis o siete años, el procesado, con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales y aprovechando la situación derivada de la relación de convivencia y la ascendencia sobre la menor que le daba el hecho de ser el compañero sentimental de su madre, con la potestad de levantarle castigos, ha venido realizando tocamientos con las manos en la zona glútea y genitales de la misma. Dichos tocamientos en fecha y número indeterminados se producían simulando juegos con la entonces niña, poniéndola a "horcajadas" sobre sus rodillas y aprovechando con ello que se rozaran sus genitales. Igualmente, el procesado se bañaba con la entonces menor enjabonándola con las manos por todo el cuerpo, en especial la zona genital, a la vez que le pedía a esta que hiciera lo mismo, que le enjabonara el pene, solicitándole que se le acercase para provocar roce entre sus genitales, y en alguna ocasión también la llegó a introducir el dedo en la vagina, y con ello el procesado llegaba al punto de eyacular. Todo ello, la entonces niña se lo tomaba como un juego, no tomando conciencia de su significado, pues incluso el procesado le comentaba que lo que hacían era bueno para la relación con su madre. En otras ocasiones, y con la excusa de levantarle algún castigo, el procesado le solicitaba que le dejara que le chupara sus partes íntimas, o bien le pedía que le chupara sus genitales o la rozaba con el pene.

Tras haber cumplido la menor la edad de 13 años, el procesado ante la situación creada por los hechos descritos, abusando de su relación de superioridad derivada de la conciencia y con aprovechamiento de la falta de criterio formado por la joven en el ámbito de su libertad sexual, continuó con la realización habitual de las conductas descritas, destacando dentro de éste contexto, que en día no determinado pero en todo caso cuando Felicidad , contaba con la edad de 14 ó 15 años, y cuando se encontraba con el procesado solos en el domicilio familiar, éste la llevó a la habitación existente en la planta alta, indicándole que se colocara sobre el colchón a "cuatro patas" y allí con los pantalones y ropa interior "bajadas", y con ánimo libidinoso le introdujo el pene por el ano, comenzando la menor a llorar por el dolor que le producía, eyaculando el acusado en la espalda de la menor.

Tras este episodio, Felicidad tomó conciencia de que no estaba bien lo que hacía el procesado, le manifestó al mismo que eso no se podía repetir, negándose a partir de entonces a acceder a lo que éste le solicitaba que hiciera con finalidad y significación sexual. Tras pasar el verano del año 2004 con sus padrinos, la perjudicada decidió no volver a convivir con su familia, habiéndole sido dispensado apoyo institucional solicitado, y tras superar el sentimiento de culpabilidad creado desde su infancia, y contarle a su madre lo sucedido, decidió denunciar los hechos en el mes de diciembre de dicho año."

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



"FALLAMOS.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Prudencio como autor de un delito continuado de abusos sexuales in consentidos sin penetración y como autor de otro delito de abusos sexuales con penetración anal, ya definidos sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 18 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito continuado de abusos sexuales sin penetración , y a la pena de 7 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el delito de abuso sexual con penetración.

Asimismo se impone al acusado la pena accesoria de prohibición de contactar, comunicar y aproximarse a la víctima por tiempo de 5 años contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

El procesado Prudencio deberá indemnizar a Felicidad en la suma de 6.000 euros por daños morales.

Le condenamos asimismo al pago de las costas procesales incluidas las devengadas por la acusación particular.

Ratificamos por sus propios fundamentos y con las reservas legales el auto de solvencia del procesado dictado por el Juzgado de Instrucción.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante este Tribunal en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación, mediante escrito autorizado por Letrado y procurador".

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por el acusado **Prudencio** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia vulneración del art. 24.1.2 de la CE , (tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías y prohibición de la indefensión). **Segundo.-** Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE, (presunción de inocencia). Tercero .- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia vulneración del art. 24.1 de la CE , (tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías). **Cuarto.-** Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación indebida del art. 131 (prescripción del delito del CP). Quinto .- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia aplicación indebida del art. 182.1 (abuso sexual con penetración) en su versión modificada por la LO 11/1999, de 30 de abril. Sexto .- Infracción de ley , con base en el nº 1 del art. 849 LECr , denuncia aplicación indebida del art. 180.1.4º , por remisión del art. 182.1.2 CP. Séptimo .- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia inaplicación indebida del art. 21.6 (atenuante analógica) del CP. Octavo .- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia aplicación indebida de los arts. 123 y 124 (costas de la acusación particular) del CP.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó los motivos del mismo, la sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.



6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la deliberación y votación el día 1 de diciembre del año 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento. La sentencia recurrida condenó a Prudencio como autor de dos delitos:

A) Uno de abusos sexuales continuados de los arts. 181.1 y 2 y 74 CP en su redacción original, la anterior a la LO 11/1999 que entró en vigor el 21 de mayo de ese año 1999, consistentes en tocamientos y contactos sexuales sin acceso carnal cometidos contra la hija de su compañera sentimental, llamada Felicidad que había nacido el 11 de mayo de 1985; hechos que comenzaron cuando esta tenía seis o siete años y finalizaron cuando había alcanzado los catorce o quince; por los cuales viene condenado Prudencio a una pena de dieciocho meses de prisión.

B) El hecho que determinó el cese de las situación referida ocurrió cuando Felicidad tenía catorce o quince años en que el luego procesado le introdujo su pene por el ano mientras ella lloraba por el dolor que le producía. Por este suceso la Audiencia Provincial condenó por el art. 182.1 y 2 con la agravación específica 4ª del art. 180 , imponiendo el mínimo legalmente permitido, prisión de siete años, más la prohibición de contactar, comunicar y aproximarse a la víctima por cinco años a partir del cumplimiento de la pena de privación de libertad. Después de este episodio ella tomó conciencia de que no estaba bien lo que hacía con el acusado y, tras pasar el verano de 2004 con sus padrinos, decidió no volver a convivir con su familia. Superado su sentimiento de culpabilidad, denunció lo sucedido en diciembre de dicho año.

Contra estas condenas recurre ahora en casación Prudencio por ocho motivos.

SEGUNDO.- En el motivo 1º, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr, se denuncia vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y al de tutela judicial efectiva con indefensión, en relación con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice así:

" Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que su fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la ley".

Para formular esta denuncia se apoya en un conocido dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000, en el cual se declaró que el recurso de casación penal vigente en España no garantizaba ese derecho proclamado en tal art. 14.5. A continuación el escrito de recurso dice que tal dictamen motivó un acuerdo del pleno de esta sala y al propio tiempo un cambio jurisprudencial en la línea de flexibilizar este recurso de casación para incluir en su ámbito la posibilidad de examinar la prueba practicada en la instancia, así como la aplicación que de ella se hizo por la Audiencia Provincial; algo, añadimos nosotros, que ya venía aplicando esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desde muchos años antes.



Lo primero que hemos de decir es que son, no uno, sino varios los dictámenes del mencionado comité de la ONU, y en ellos, de acuerdo con la **naturaleza no jurisdiccional, sino política**, de ese órgano, no se anula sentencia alguna, sino que se limita en sus respectivos pronunciamientos a conceder al Estado parte, en estos casos España, un determinado plazo para informar al referido comité sobre las medidas adoptadas en este asunto.

Añadimos aquí lo que nuestro Tribunal Constitucional ha dicho en su auto número 91/2006, de 27 de marzo: *"...de conformidad con una consolidada doctrina mantenida por este Tribunal, el recurso de casación cumple esa condición de <recurso efectivo> requerida por el Comité en su lectura del art. 14.5 PIDCP (SSTC 70/2002, de 3 de abril, 80/2003, de 28 de abril, 105/2003, de 2 de junio y ATC 104/2002, de 17 de junio) ya que <existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 PIDCP , siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que el Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia>".*

Desestimamos este motivo 1º.

TERCERO.- 1. En el motivo 2º, por el mismo cauce de los arts. 852 LECr y 5.4 LOPJ, se dice que hubo infracción de precepto constitucional, en concreto del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . Se impugna aquí que el tribunal de instancia haya considerado relevante para fundamentar la condena de Prudencio exclusivamente la declaración de la víctima.

Conviene recordar aquí el papel que le corresponde a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando se alega esta infracción del derecho a la presunción de inocencia en un recurso de casación, sobre la base de que, en principio, hemos de respetar la valoración que de la prueba hizo el órgano judicial de instancia.

Ante todo hemos de resaltar la obligación de cada juzgado o tribunal de expresar en su resolución condenatoria la prueba de que se vale como respaldo de los hechos probados que ha de fijar como base de sus pronunciamientos. Ha de existir en estas sentencias una **motivación fáctica** . Si no la hay, se infringe el art. 120.3 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva, así como también el relativo a la presunción de inocencia. El respeto a esta presunción exige como premisa fundamental tal motivación, a no ser, lo que es raro en la jurisdicción penal, que no se haya discutido la materia de la prueba y la defensa haya aceptado los hechos por los que se acusa, quedando reducido entonces el debate exclusivamente a temas de calificación jurídica o aplicación de la norma.

Si tal motivación existe, y afortunadamente ya es esto la regla en el funcionamiento de nuestros tribunales penales, esta sala del Tribunal Supremo, en casación, de modo similar a lo que ha de hacer el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo relativos a esta misma cuestión, se ve obligada a realizar un examen profundo de lo que respecto al análisis de la prueba nos dice la sentencia recurrida, para realizar una triple comprobación:

1º. Comprobación de que la prueba utilizada para condenar se encuentra en las actuaciones procesales practicadas (*prueba existente*).



2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada a tales actuaciones con observancia de las garantías constitucionales y de las normas procesales aplicables en cada caso y en cada medio de prueba (*prueba lícita*). Si existe infracción de norma constitucional, hay prohibición de valoración de tal prueba en los términos del art. 11.1 LOPJ. Si la infracción lo es de norma de rango inferior, en cada caso habrá de valorarse su eficacia en cuanto a la validez como elemento de cargo: a veces hay meras irregularidades procesales que a estos efectos han de considerarse irrelevantes.

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, lícitamente obtenida y aportada al proceso, ha de considerarse *razonablemente suficiente* como justificación de los correspondientes pronunciamientos condenatorios. Mínima prueba de cargo, nos decía el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias, a partir de la primera de todas, la 31/1981 de 28 de julio . Después se ha tornado a este otro concepto, sin duda más exigente y más adecuado a su propio contenido: una suficiencia de tal prueba para condenar, sometida al criterio de la racionalidad. Conceptos muy abiertos, pero necesarios para poder controlar la observancia de este derecho fundamental, el relativo a la presunción de inocencia, que es fundamental no solo por venir consagrado en nuestra Constitución, sino por ser eje alrededor del cual giran las demás garantías procesales y, en definitiva, el funcionamiento de todo el procedimiento penal. Serán en cada caso las reglas de la sana crítica, o del sentido común, o de la experiencia, o como queramos llamar a este conjunto de criterios asequibles a las personas no profesionales del derecho, lo que hemos de tener en cuenta aquí, en estos recursos de casación, para apreciar si existió o no suficiencia en esas pruebas de cargo que la sentencia de instancia nos ha señalado como base de su pronunciamiento condenatorio. Lamentamos no poder ser más precisos en este punto.

2. Aplicando la doctrina referida al caso presente, hay que decir que la sentencia recurrida en su fundamento de derecho segundo cumple con el mencionado deber de motivación fáctica.

En tal fundamento de derecho segundo nos dice cómo la prueba básica que utiliza para condenar es la declaración de la testigo primera y principal, la víctima de estos hechos, Felicidad: siguiendo el camino que esta sala con frecuencia viene indicando como medio para examinar de modo razonado la prueba existente en esta clase de hechos punibles, en base a tres criterios, **que no requisitos** , que son los siguientes:

A) Inexistencia de motivos espurios en la declaración de la víctima, esto es, averiguar si hubo alguna relación, anterior a los hechos, entre los sujetos activo y pasivo del delito -resentimiento, enemistad, enfrentamiento, interés o cualquier otra que pudiera hacer sospechar que hubo declaración falsa en el testigo-.

B) Verosimilitud o concurrencia de otros elementos corroboradores, como fueron en este caso las declaraciones de Silvia y Celsa , incluso las propias manifestaciones del acusado.

C) Persistencia en la incriminación, es decir, que no haya contradicciones entre las diferentes manifestaciones que a lo largo del proceso realizó el testigo-víctima.



3. En el caso presente el escrito de recurso, a través de una argumentación clara y precisa, denuncia como irrazonable la valoración de la prueba que nos ofrece la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 2º para justificar la condena del procesado; pero no le asiste la razón:

A) Como bien nos dice la Audiencia Provincial, y hemos podido comprobar, en particular mediante la extensa declaración de Felicidad en el acto del juicio oral, hubo un testimonio que deja de manifiesto en primer lugar las buenas relaciones que existieron siempre entre la menor y su padrastro, algo reconocido incluso por el propio acusado y por su compañera y madre de la víctima, Sagrario , personas a las que el tribunal de instancia pudo escuchar en tal acto solemne. Todas coincidieron en que, durante los años en que ocurrieron los hechos objeto de este procedimiento, siempre existieron unas buenas relaciones, incluso cariñosas, entre los dos protagonistas de estos sucesos. Por ello, ha de parecernos adecuado que la sentencia recurrida (pág. 6) considere que no hubo motivo espurio alguno en la denuncia de la menor contra Prudencio .

B) Asimismo existieron datos corroboradores respecto de esa declaración de Felicidad inculpatoria contra el procesado, tema en el que se extiende la resolución de instancia, páginas 6 y 7, a las que nos remitimos. Baste aquí hacer referencia al testimonio de Silvia , amiga de Felicidad , y de la madre de la denunciante, de los que luego trataremos; siempre teniendo en cuenta que tal corroboración, en esta clase de hechos punibles cometidos ordinariamente en la clandestinidad, solo puede referirse, no a tales hechos en sí mismos, sino solo a los que los rodearon, en particular a la forma en que se produjo su salida a la luz y la iniciación del procedimiento (denuncia o querrela).

C) Tampoco cabe albergar duda alguna respecto de la persistencia de Felicidad en sus imputaciones contra Prudencio . Siempre dijo lo mismo, no solo ante la policía y órganos judiciales, sino también en sus manifestaciones ante los psicólogos y expertos que contactaron con ella y declararon en el juicio oral. Sorprende en este punto la abundancia de detalles, siempre coincidentes en lo esencial, que se advierten desde su primera declaración en la denuncia judicial hasta lo dicho por ella en el juicio oral, que aparece correctamente extractado a los folios 288 a 294 del rollo de la Audiencia Provincial.

4. Con esto sería suficiente para justificar en este trámite de la casación penal el rechazo de este motivo 2º; pero hemos de añadir algo más al socaire de lo expuesto en este punto en el escrito de recurso:

A) En primer lugar advertimos que lo que hace este escrito de recurso en este motivo 2º es una argumentación, desde luego coherente y bien construida como ya hemos dicho, pero condenada al fracaso. Partimos de la base de que es cierto el contenido de las pruebas del juicio oral tal y como las expone el letrado de la defensa del procesado con referencias minuciosas y literales a las diferentes manifestaciones de acusado y testigos. Constituyen una exposición sobre lo que ocurrió según su criterio, valoración referida a manifestaciones verbales ante el tribunal que presidió el juicio, las escuchó y razonó de modo adecuado al respecto, aunque como es obvio en sentido contrario al que aquí pretende la parte recurrente. También es obvio que, en presencia de ambas apreciaciones solo puede prevalecer lo que nos dice el órgano judicial que, con la independencia característica de los tribunales de justicia, nos ofrece su criterio.



B) Insiste mucho el escrito de recurso sobre la forma en que la denuncia llegó a producirse, razonando a su manera para poner de relieve unos supuestos móviles bastardos; pero lo cierto es que Felicidad denunció tras pasar unos cuatro meses desde que comunicó a su amiga Silvia lo que le había ocurrido años antes con el compañero de su madre; denuncia que se formuló el día 24 de diciembre de 2004, cuando ella ya había cumplido los 19 años: era entonces mayor de edad y no necesitaba ningún pretexto para vivir, si quería, fuera de la compañía de su madre y padrastro, como de hecho ocurría desde el mes de septiembre de ese mismo año. No necesitaba denunciar a Prudencio para hacer ella su propia vida.

C) También es cierto que Sagrario, la madre de Felicidad, dijo que cuando esta le comunicó, el 31 de agosto de 2004, el comportamiento del luego acusado, ella no la creyó (folio 294); pero añadió a continuación que tal no creencia fue porque le parecía imposible lo que acababa de contarle su hija sin que ella se hubiera percatado nunca de nada, añadiendo "absolutamente mentira no lo sé, que siempre tenía duda en mi interior, que yo no sé quién dice la verdad y quién la mentira..."; pese a lo cual dijo seguir siendo pareja del acusado.

D) También declaró Sagrario "que el 11 ó 12 de septiembre de 2004 se abrazó a su hija llorando, que ella se lo contó diciéndole que abusó analmente de ella". Alega al respecto el escrito de recurso que es extraño que, siendo lo de la penetración anal lo más importante de todo -retraso que también pone de manifiesto Silvia -, lo revelase Felicidad no en primer lugar, sino después de haber contado lo de los tocamientos y abusos sexuales iniciales.

Entendemos que esto tiene su explicación en lo que nos cuenta Silvia: que a su entonces amiga Felicidad, aunque la revelación primera tuvo lugar de forma explosiva ante un comentario de ella (Silvia) respecto de una niña hija de otra amiga suya, sin embargo le costaba mucho dar detalles de lo ocurrido, ya que se trataba, y así aparece en otras manifestaciones, de algo que en definitiva a Felicidad le costaba mucho decirlo, por un natural instinto de pudor. Silvia fue amiga de Felicidad en ese verano en Galicia de 2004. Era de la misma edad de Rebeca, la hermana mayor de Felicidad, que había formado años atrás parte de la pandilla de Silvia. A esta fue a quien primero contó la luego denunciante lo de su padrastro, amistad que permaneció algún tiempo después cuando Felicidad se quedó en Galicia en Ortigueira con sus padrinos, una vez que la madre y su compañero habían regresado a Guadalajara donde por entonces residía la familia.

Entendemos que con tal clase de prueba no se vulneró el derecho a la presunción de inocencia de Prudencio.

Desestimamos este motivo 2º.

CUARTO.- En el motivo 3º, con la misma vía procesal de los arts. 852 LECr y 5.4 LOPJ, se alega de nuevo infracción de precepto constitucional, concretamente del art. 24.1 y 2, en cuanto que garantizan los derechos a la tutela judicial efectiva, sin indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, incluyendo el llamado derecho a la doble instancia del mencionado art. 14.5 del Pacto Internacional al que nos hemos referido al tratar del motivo 1º.

Tales alegaciones giran alrededor de la circunstancia de que se quedara sin grabar en el acto del juicio oral el testimonio de Celsa, psicóloga del Ayuntamiento de Vigo, que tuvo una conversación en esta ciudad cuando allí se encontraban Felicidad y Silvia pasando unos días de ese verano de 2004 en casa del padre de esta última, quien, como procedente del mismo pueblo de la madre de Felicidad y de su



pareja, conocía a estos. Celsa , como psicóloga que era, aunque nunca trató a Felicidad como tal, tomó algunas notas de su entrevista de entonces con esta, entre las cuales había una que se refería a una fisura anal de la entrevistada. No se pudo grabar la declaración en el juicio oral de dicha Celsa , porque se hizo por videoconferencia en una sala distinta de la destinada a los plenarios, a donde se trasladó el tribunal y demás personas que se hallaban en la celebración del enjuiciamiento. No estaban en el mismo lugar del edificio judicial la sala de vistas y la de videoconferencias.

Dice el recurrente que ese tema de la fisura anal tenía para la defensa particular importancia a los efectos de dejar de manifiesto que Felicidad mentía. Así pues, se trata de un argumento más en la línea mantenida en el motivo 2º ya examinado.

En todo caso, añadimos aquí, el testimonio de Celsa , aunque a él haga una referencia la sentencia recurrida (a propósito de la corroboración de las manifestaciones de la víctima como elemento favorable a la credibilidad de esta -pág. 6-), fue prácticamente irrelevante; lo que queda de manifiesto ante la circunstancia de que en el fundamento de derecho anterior de esta nuestra resolución, referido al estudio de las pruebas de cargo a propósito de la presunción de inocencia, no haya sido necesario acudir a esa testifical de Celsa para argumentar sobre la existencia de una prueba razonablemente suficiente para condenar.

Por otro lado, como bien dice el Ministerio Fiscal al impugnar este motivo 3º, no cabe hablar de defecto procesal por el hecho de que no se efectuara la grabación de la videoconferencia, porque se levantó acta manuscrita (folios 300 a 302 del rollo de la Audiencia Provincial); sistema procesal válido para el proceso penal por lo dispuesto en los arts. 743 y 788.6 LECr . Tal actuación en videoconferencia se realizó con todas las garantías bajo la fe pública del secretario judicial.

Ciertamente, el defecto de procedimiento que impidió grabar la declaración de esta testigo no puede determinar la nulidad del juicio oral, como aquí se pretende (pág. 26).

Rechazamos este motivo 3º.

QUINTO.- En el motivo 4º, al amparo del art. 849.1º LECr , se alega infracción de ley por no aplicación del art. 131 CP .

Se dice que debió declararse prescrito el delito continuado de abuso sexual sin penetración sancionado por los arts. 181 y 74 CP en la versión vigente antes de la reforma dada por LO 11/1999 , pues habiendo ocurrido los hechos en 1999, ya estaban prescritos cuando por denuncia se inició el presente procedimiento con fecha 24 de diciembre de 2004.

Tiene razón el recurrente.

En efecto, el plazo de prescripción para el mencionado delito continuado, teniendo en cuenta la pena a imponer, un máximo de tres años de prisión, es el de tres años conforme al mencionado art. 131.

El día inicial de ese plazo de tres años ha de reputarse, aplicando al caso el principio "in dubio pro reo", el del 11.5.1999; porque los hechos probados de la sentencia recurrida nos dicen que los abusos deshonestos de Prudencio contra Felicidad continuaron hasta ese otro episodio, de mayor relevancia penal consistente en la penetración anal que ocurrió en fecha no determinada "pero en todo caso cuando



Felicidad contaba con la edad de 14 ó 15 años". Aplicando aquí tal principio, hemos de entender que, a estos fines de fijación del primer día de esos tres años previstos para la prescripción del delito en ese art. 131 CP , ha de ser el primero de los días de ese periodo que abarca desde los 14 a los 15 años el que hemos de considerar a los efectos mencionados: el plazo de tres años ha de comenzar el referido 11.5.1999.

Como hasta ese día de presentación de la denuncia, día primero de todo el procedimiento que habría de dirigirse contra el culpable (art. 132.2 CP) ha transcurrido, y ello con exceso, el plazo indicado de los tres años, hemos de entender que el plazo de prescripción de este delito continuado, el más leve de los dos objeto del presente proceso penal, como bien dice el escrito de recurso, ya había sido consumado cuando este se incoó.

Además, añadimos aquí, aunque hubiera de aplicarse la legislación nacida de tal LO 11/1999, el plazo de prescripción habría sido también el referido de tres años del art. 131, pues esta ley sanciona estos hechos con prisión de uno a tres años.

La única posibilidad de que no tuviera que operar la prescripción habría sido la de considerar que los hechos hubieran continuado hasta más allá del 24.12.2001, fecha en que Felicidad ya tenía cumplidos los 16 años.

En conclusión, en cualquier caso había que considerar prescrito, por el transcurso de los referidos tres años, el delito continuado de abusos sexuales sin acceso carnal ni penetración.

Hay que estimar en su integridad este motivo 4º.

SEXTO.- En el motivo 5º, también por el cauce del art. 849.1 LECr, como el anterior y los tres restantes, lo que obliga a respetar los hechos probados de la sentencia recurrida (art. 884.3º LECr), se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 182.1 CP, en su versión modificada por la ya referida LO 11/1999 de 30 de abril , con la consiguiente inaplicación indebida del art. 182 en su versión anterior a tal LO, que es la originaria del CP actual.

Se está refiriendo al delito de abusos deshonestos con penetración anal que ocurrió "en un día no determinado, pero en todo caso cuando Felicidad contaba con la edad de 14 ó 15 años ", como literalmente nos dice el relato de hechos probados de la sentencia recurrida (pág. 3).

El problema se plantea en términos semejantes a los del motivo anterior.

Tiene razón el recurrente cuando dice que ante tal duda fáctica ha de aplicarse el principio " *in dubio pro reo* " para determinar que el día en que ocurrió este episodio aislado fue aquel en que ella cumplió los 14 años, el 11 de mayo de 1999, cuando aún no había entrado en vigor la tan repetida LO 11/1999 de 30 de abril, publicada en el BOE de 1 de mayo de ese año y sin disposición alguna sobre su entrada en vigor, por lo que ha de tenerse en cuenta el plazo de 20 días previsto en el art. 21 del Código Civil; es decir, está vigente desde el 21 de mayo de 1999, diez días después de que Felicidad hubiera cumplido los 14 años.



Como bien dice el recurrente, este día de entrada en vigor, junto con la aplicación del mencionado "in dubio pro reo", ha de determinar que haya de aplicarse, a ese hecho concreto de la penetración anal de fecha no precisada, la redacción original del CP de 1995, que prevé para los casos como el presente una sanción de prisión entre uno y seis años, inferior a la aplicada en la sentencia recurrida. A la pena en concreto nos referiremos después.

Estimamos asimismo este motivo 5º.

SÉPTIMO.- En el motivo 6º, también por el cauce del nº 1º del art. 849 LECr , se vuelve a alegar infracción de ley, ahora por aplicación indebida de la agravación específica del art. 180.1.4º que apreció la Audiencia Provincial por la remisión que hace el art. 182.2 a la referida agravación.

Añade el recurrente que esta norma no estaba en vigor cuando tuvo lugar ese delito consistente en la penetración anal y por ello no cabe su aplicación aquí por prohibirlo el principio de irretroactividad de la ley penal no favorable al reo.

Como ya hemos razonado en el fundamento de derecho anterior, ha de aplicarse para este delito la redacción original del CP de 1995, y en esta efectivamente no aparece ninguna agravación propia de este delito del art. 182 que tenga relación con esa relación de superioridad que determinaba, en el apartado 2 de tal art. 182 , la imposición de la pena correspondiente en su mitad superior. Es más, el prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta es en estos casos elemento del tipo básico, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del art. 182 en relación con el 181.3 (redacción originaria), razón por la cual tampoco cabe aplicar la circunstancia agravante genérica 2ª del art. 22 .

Hemos de aplicar la legislación vigente en el momento en que Felicidad cumplió los 14 años, lo que ha de proyectarse también en la exclusión aquí de esa norma del nº 4º del art. 180.1 .

También hay que estimar este motivo 6º, que es consecuencia de la estimación del anterior.

OCTAVO.- En el motivo 7º, por el mismo cauce procesal del art. 849.1º LECr , se alega infracción de ley por no haberse aplicado al caso la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, fundándose en haber sido condenado Prudencio por unos hechos que habrían ocurrido hace quince años y que cesaron hace diez, siendo el procesado una persona sin antecedentes penales, con una vida perfectamente integrada social, laboral y familiarmente.

Son dos las cuestiones que aquí se plantean:

A) Por un lado, las que podemos llamar dilaciones indebidas propiamente dichas, es decir, las que se habrían producido en la tramitación del procedimiento, iniciado por la denuncia ya referida, de 24.12.2004 hasta que se dictó la sentencia el 2.2.2009 .

Al respecto nos dice el escrito de recurso (pág. 44) que no va a denunciar ahora tales dilaciones, ya que es consciente de su extemporaneidad, al no haberse planteado el tema en la instancia.



En efecto, esta sala tiene reiteradamente dicho que su concurrencia debe suscitarse ante la Audiencia Provincial para que sea entonces cuando, mediante el correspondiente debate contradictorio, puedan quedar determinadas la complejidad de la causa, sus paralizaciones concretas y sus razones, si fueron o no atribuibles al comportamiento procesal de quien lo solicita y también la determinación de aquellos particulares daños que para quien lo pide se habrían derivado de los retrasos injustificados.

Si tal cuestión no se introduce como tema del juicio oral, que es lo que aquí ocurrió, no cabe traerlo al recurso de casación, salvo que los retrasos se hubieran producido con posterioridad a la celebración del plenario.

B) Por otro lado, plantea el escrito de recurso la cuestión del retraso en formular la denuncia, retraso que aquí existió desde que ella tenía 14 ó 15 años -cuando se produjo la mencionada penetración anal- que abarca un periodo de tiempo que va desde el 11.5.1999, fecha del cumplimiento de esos 14 años hasta el referido día de la denuncia, el 24.12.2004.

La reciente sentencia 883/2009, de 10 de septiembre, aplica una circunstancia atenuante analógica, con fundamento similar al utilizado por esta sala para los casos de dilaciones indebidas, a la que da el nombre de **cuasi prescripción**, que existe en algunos casos en que, por desidia de quienes tienen obligación o posibilidades legales de denunciar, de querellarse o de iniciar un procedimiento penal, este tarda demasiado tiempo en incoarse, de modo que pasan varios años hasta que se produce el comienzo de tal procedimiento contra el culpable; esto es, cuando ya se encuentra avanzado, aunque no agotado, el periodo legalmente establecido para la prescripción.

En esta sentencia 883/2009 se habla del derecho del imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporáneo, los fines que le son propios.

Al respecto, en el presente caso ya hemos dicho cómo quedó extinguida la responsabilidad penal por la prescripción con relación al delito continuado de abusos deshonestos; por lo que el problema habría de quedar reducido al otro delito, el cometido como acto único consistente en la penetración anal de Prudencio contra Felicidad cuando esta tenía los mencionados 14 ó 15 años.

Pero tampoco podemos pronunciarnos nosotros aquí sobre esta cuestión, por la misma razón antes expuesta: no se planteó esto en la instancia, por lo que ni existió el correspondiente debate contradictorio, ni la sentencia recurrida pudo resolver nada sobre este punto. Recordamos al carácter devolutivo del recurso de casación penal que requiere una decisión previa en la instancia respecto de la cual nosotros hayamos de resolver sobre su conformidad o no a derecho.

Ya que hemos citado aquí esa resolución 883/2009, conviene añadir que, aun sin utilizar ese nombre de cuasi-prescripción, al menos otras dos sentencias de esta sala ya aplicaron una circunstancia atenuante analógica en tales casos de retraso excesivo en iniciar el procedimiento penal contra el culpable, y ello con el carácter de muy cualificada. Son las números 1387/2004, de 27 de diciembre (fundamento de derecho 11º), y la citada en el escrito de recurso 77/2006, de 1 de febrero (fundamento de derecho 8º).

Desestimamos este motivo 7º.



NOVENO.- 1. En el motivo 8º, al amparo del art. 849.1º LECr , se alega de nuevo infracción de ley, concretamente de los arts. 123 y 124 CP al haber sido condenada la parte ahora recurrente al pago de las costas de la acusación particular.

Se funda en que la defensa de Felicidad en el proceso fue irrelevante, dado que se limitó a personarse en el sumario sin solicitar prueba alguna (ni siquiera el abogado designado de oficio a petición de la víctima pudo ponerse en contacto con esta), mientras que en el trámite ante la Audiencia Provincial se limitó a seguir literalmente al Ministerio Fiscal en el contenido de sus escritos, con solo dos diferencias: pedir mayor pena por el delito de abuso sexual con penetración anal -10 años de prisión en lugar de 8- y también mayor indemnización - 60.000 € en vez de 10.000-.

2. Sobre esta cuestión dijimos en nuestra sentencia 938/2006, de 6 de octubre, -fundamento de derecho 7º - lo siguiente:

"A) Si la ley (art. 123 CP) ordena la condena en costas del responsable criminal, habrá que entender que en tal concepto están incluidas las devengadas por la actuación de quien, perjudicado por el delito, haciendo uso de las facultades que las leyes le confieren, decide actuar en el proceso por medio de abogado y procurador. Esto aparece impuesto para todos los casos cuando se trata de delitos sólo perseguibles a instancia de parte: "siempre" nos dice el art. 124 CP . Cuando se trata de las demás infracciones penales, esto es, las perseguibles de oficio, tal inclusión aparece no obligada para todos los casos, pero sí como regla general. Véase la sentencia de esta sala 879/2005 , citada por la acusación particular, casi al final de su fundamento de derecho 11º y las que en esta se citan.

B) El criterio fundamental es el de incluir las costas devengadas por la acusación particular entre aquellas a cuyo pago se condena al responsable penal, siendo la excepción el caso en que la actuación de tal parte haya sido notoriamente superflua, inútil o gravemente perturbadora, o cuando fueren sus peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las del Ministerio Fiscal y con las aceptadas en la sentencia. Es en estos últimos casos cuando es preceptivo exponer las razones justificadoras de la exclusión. Véase la misma sentencia 879/2005 y también las que en ella se citan en el mismo fundamento de derecho 11º, de modo que el tradicional criterio de la relevancia en la actuación de tal acusación particular ha quedado relegado a un segundo plano ".

3. Aplicando tal doctrina al caso, hemos de rechazar este motivo por las razones siguientes:

A) Dice así el art. 191.1 CP:

" Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal ".

El mencionado art. 124 del mismo código manda que las costas "incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte".

Entendemos que en este último concepto han de incluirse, no solo los casos en que se exige querrela (como en los de injurias o calumnias contra particulares -art. 215 CP -), sino aquellos en que se requiere la denuncia de la persona agraviada; máxime en los casos como el



presente en que esta persona es mayor de edad y se encuentra plenamente capacitada y no desvalida en el momento de denunciar los abusos sexuales de que había sido víctima, aunque estos hubieran ocurrido siendo ella menor de edad. Cuando es así, el único camino que hay para perseguir el delito es esa denuncia (o querrela de la misma ofendida).

Ha de aplicarse aquí tal art. 124. B) Pero, además, entendemos que no hubo coincidencia total con la actuación del Ministerio Fiscal:

a) Primero, porque esas dos diferencias en cuanto a una de las penas solicitadas y el importe de la indemnización, tienen particular relevancia, habida cuenta de que el tribunal de instancia no podía imponer pena ni conceder indemnización por encima de lo concretamente pedido por alguna de las acusaciones. La Audiencia Provincial dispuso de unas facultades más amplias al respecto, precisamente por la petición de la acusación particular.

b) Segundo y fundamental, porque la defensa de Felicidad tuvo su propia y personal intervención en el desarrollo del juicio oral, particularmente en los correspondientes interrogatorios e informes orales.

c) Porque, como bien dice el Ministerio Fiscal al impugnar este motivo, de lo que es muestra la sentencia que acabamos de transcribir parcialmente, la doctrina de esta sala se ha apartado del referido criterio de la relevancia como guía para decidir la inclusión o no de las costas devengadas por la acusación particular entre las que ha de abonar el condenado penal. Solo cabe excluirlas en los casos, sin duda muy excepcionales, de peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del Ministerio Fiscal.

Rechazamos este motivo 8º, único que nos quedaba por examinar.

DÉCIMO.- Por lo dispuesto en el art. 901 LECr , al haber sido estimado este recurso, aunque solo en algunos de sus motivos, hay que declarar de oficio las costas.

III. FALLO

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por **Prudencio** , por estimación de sus motivos cuarto, quinto y sexto, y por ello anulamos la sentencia que le condenó por un delito de abusos sexuales sin penetración y otro de abusos sexuales con penetración anal, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla con fecha dos de febrero de dos mil nueve , declarando de oficio las costas de esta alzada y dictando a continuación otra resolución en sustitución de la anulada.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Joaquin Delgado Garcia

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil nueve



SEGUNDA SENTENCIA

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Sanlúcar la Mayor, con el núm. 2/05 y seguida ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla que ha dictado sentencia condenatoria por un delito de abusos sexuales sin penetración y otro de abusos sexuales con penetración anal contra el acusado **Prudencio**, sentencia que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta *Sala de lo Penal* del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo ponente Joaquin Delgado Garcia. Se tienen aquí por reproducidos todos los datos de dicho acusado que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida.

I. ANTECEDENTES

Los de la sentencia recurrida y anulada, incluso su relato de hechos probados, y los de la anterior sentencia de casación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia recurrida y anulada con las importantes salvedades siguientes:

- A) Ha de considerarse prescrito el delito continuado de abusos deshonestos sin acceso carnal, conforme a lo razonado en el fundamento de derecho 5º de la anterior sentencia de casación, con el consiguiente pronunciamiento absolutorio.
- B) Ha de sancionarse el delito de abusos deshonestos con penetración anal conforme a las normas de la redacción originaria del Código penal de 1995, la vigente antes de la LO 11/1999, según dijimos en el fundamento de derecho 6º de la referida sentencia de casación.
- C) Consecuencia de lo anterior, y por lo expuesto en el fundamento de derecho 7º de la tan repetida sentencia de casación, no ha de aplicarse la agravación 4ª del art. 180.1 CP, sino el párrafo 1º, inciso último, del 182, en relación con el 181.3 (redacción anterior a la LO 11/1999).

SEGUNDO.- Los demás de la citada sentencia de casación.

TERCERO.- En cuanto a la pena a imponer, ha de moverse entre un año y seis años de prisión, al no concurrir circunstancias modificativas y por aplicación de la regla 6ª del art. 66.1 CP (antes regla 1ª) que manda, para individualizar la sanción, tener en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

Acordamos imponerla en dos años de duración, a fin de que, si la sala de instancia lo considera adecuado, pueda acordar la suspensión de ejecución de la pena; teniendo en consideración la inexistencia de antecedentes penales (único dato personal relevante que conocemos) y que los elementos constitutivos de la gravedad del hecho -su relación personal con la víctima- ya están incluidos en el hecho delictivo por el que se le condena. Asimismo tenemos en cuenta los varios años que transcurrieron desde que cesó el comportamiento delictivo -cuando Felicidad tenía 14 ó 15 años- hasta el 24 de diciembre de 2004, en que denunció los hechos con 19 años cumplidos.



CUARTO.- Respecto de la cuantía de la responsabilidad civil por daños morales que se fijó en la instancia en seis mil euros por los dos delitos por los que condenó, al excluirse uno, queda reducido a la mitad, 3000 euros.

QUINTO.- En cuanto a las costas devengadas en la instancia, al resultar condenado el acusado solo por uno de los dos delitos por los que se acusó, procede declarar de oficio la mitad y sancionar con el pago de la otra mitad, incluidas las de la acusación particular. Este último pronunciamiento lo hacemos aquí expreso por respetar los términos de la sentencia recurrida y a fin de evitar confusiones, pues, aunque nada dijéramos, habrían de considerarse incluidas. Para su exclusión es para lo que haría falta una motivación y un acuerdo expreso.

III. FALLO

ABSOLVEMOS a Prudencio del delito continuado de abusos sexuales sin acceso carnal, por haber prescrito, declarando de oficio la mitad de las costas de la instancia.

CONDENAMOS a Prudencio como autor de un delito de abusos sexuales con penetración anal y abuso de superioridad manifiesta, sin circunstancias modificativas, a **la pena de dos años de prisión** con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, y a la prohibición de comunicar y aproximarse a la víctima, por tiempo de otros dos años que se cumplirán, en su caso, simultáneamente con la pena privativa de libertad.

Le condenamos a que indemnice a Felicidad en **la suma de tres mil euros** y al pago de la otra mitad de las costas, incluidas las devengadas por la acusación particular.

Con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Joaquin Delgado Garcia

PUBLICACIÓN

.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquin Delgado Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.