

Roj: **STS 471/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:471**Id Cendoj: **28079120012014100064**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/02/2014**Nº de Recurso: **1005/2013**Nº de Resolución: **69/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GU 156/2013,**  
**STS 471/2014**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil catorce.

En los recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por **Sixto**, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara, que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de abusos sexuales, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dicho recurrentes representado por la Procuradora Sra. García Bardon. Siendo parte recurrida D. Adrian representado por la Procuradora Sra. Moriana Sevillano. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Uno de Guadalajara inició Sumario nº 1/2012, contra **Sixto**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara que, con fecha veintidós de marzo de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

*<<Probado y así se declara que: el acusado **Sixto**, mayor de edad, sin antecedentes penales, con DNI nº NUM000, aprovechándose de la relación familiar que mantenía con la menor **Sabina**, nacida el NUM001 de 2001, por ser ésta hija de un hermano de su mujer, guiado por el propósito de satisfacer su deseo sexual y aprovechando las visitas de la familia a su domicilio o a la finca de su propiedad, en el partido judicial de Guadalajara, procedió en diversas y frecuentes ocasiones en que conseguía quedarse a solas con la niña, a realizar tocamientos libidinosos consistentes en agarrar a la menor por la espalda al tiempo que apretaba su cuerpo contra el de ella, notando la niña el miembro del procesado.*

*En el mes de noviembre del año 2010, con el mismo propósito y aprovechando idéntica ocasión tocó los genitales de la menor sin que haya resultado acreditado que llegara a introducir sus dedos en la vagina.*

*Estos hechos sucedieron entre el año 2006, en que la menor contaba con 5 años de edad, hasta el mes de noviembre de 2010 en que la niña, a la sazón de 9 años de edad, no soportó más la situación y relató los hechos a sus padres, quienes presentaron la denuncia ante el Juzgado. Como consecuencia de estos hechos la perjudicada padeció secuelas consistentes en dificultades para aprendizaje por falta de atención y concentración, ansiedad, cambios de humor e irritabilidad que en la actualidad han remitido>>.*

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

*<<FALLAMOS.- Debemos condenar y condenamos al acusado **Sixto** cuyas circunstancias personales ya han sido reseñadas, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual ya definido*



y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN y prohibición de aproximación a distancia inferior a 100 metros y de comunicación por cualquier medio con respecto a la menor Sabina , así como con sus padres y hermano durante 5 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, pago de las costas incluidas las de la acusación particular, debiendo indemnizar a la víctima en la cantidad de DIEZ MIL EUROS (10.000), mas los correspondientes intereses del artículo 576 de la LEC >>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el recurrente, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Sixto .

**Motivo primero.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 851.1º LECrim . **Motivo segundo.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 852 LECrim se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24 CE ) en relación con el art. 120.3 del mismo texto. **Motivo tercero.** - Por infracción de precepto constitucional, se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE ). **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim , se alega aplicación indebida del art. 180.1.4 (en su relación vigente hasta el 22 de diciembre de 2010), en relación con el art. 181.4 CP . **Motivo quinto** .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim alega aplicación indebida del art. 123 CP y 240 LECrim .

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **impugnando todos los motivos** del recurso de D. Sixto ; La **representación legal de D. Adrian igualmente los impugnó** , quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veintitrés de enero de dos mil catorce.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El primero de los motivos del recurso busca cobijo en el art. 851.1 LECrim quejándose de una supuesta falta de claridad en los hechos probados que derivaría de la parquedad del relato en cuanto a circunstancias accesorias y coordinadas espacio-temporales. Es verdad que el *factum* es escueto, pero, como resalta el Fiscal, contiene todo lo necesario para la subsunción jurídica. No estamos ante el vicio casacional que tipifica tal precepto y que se producirá cuando se omitan circunstancias relevantes para la subsunción jurídica. Cuando hay datos que no se reflejan bien porque resulta innecesario o intrascendente; bien sencillamente porque la prueba practicada no ha permitido precisarlos, nos movemos en un territorio ajeno a ese motivo de casación. No se puede exigir al Tribunal que en aras de la claridad añada detalles o datos que la prueba no ha podido concretar. Si se trata de prueba testifical, como en este caso, eso habrá de ser ponderado para valorar el testimonio. Así lo ha hecho el Tribunal que considera que la edad de la menor no permitía exigir una pormenorización de circunstancias, fechas u ocasiones. Incluir en los hechos probados algunos datos que sí podrían derivarse de esas manifestaciones (que un episodio se desarrolló en la habitación de juegos; que estaban solos cuando sucedían esos sucesos; o que habían estado antes en la habitación Julito y su hermano pero se fueron -lo que manifestó a preguntas de la defensa-) no tendría sentido. Nada aportan desde la perspectiva del juicio jurídico penal.

Al callejón sin salida al que abocaría la estimación de este motivo evidencia su inviabilidad precisamente porque lo que se alega no encaja en ese formato: habría que devolver la sentencia a la Audiencia para que "completase" los hechos probados bien con datos que no pueden extraerse de la prueba practicada, bien con detalles de segundo orden y marginales que no inciden en la calificación de los hechos ni en su valoración jurídico penal; detalles que, por otra parte, sí aparecen mencionados en la fundamentación jurídica.

Las alegaciones del motivo segundo del recurso -presentadas esta vez con el etiquetaje de una violación del derecho a la tutela judicial efectiva- son reconducibles a esta: se piden al Tribunal más concreciones y detalles relativos a los hechos. Pero eso no puede hacerlo el Tribunal sin una base probatoria que proclama no tener: "*No obsta a lo anterior la pretendida indeterminación de los episodios delictivos a la que alude la defensa. No puede exigirse un mayor grado de concreción a una menor que cuando sufre los primeros ataques tiene 5 años de edad bastando a juicio de la Sala que los sitúe temporal y espacialmente (en los fines de semana cuando acudía con sus padres al domicilio del denunciado y en más de una ocasión).*"

**Ambos motivos son inatendibles.**



**SEGUNDO.-** Se invoca el derecho constitucional a la presunción de inocencia para reclamar un pronunciamiento absolutorio. La prueba practicada sería insuficiente para desmontar esa presunción de la que ha de partir todo enjuiciamiento penal. El recurrente realiza una sintética exposición de la doctrina constitucional sobre ese derecho constitucional que no puede si no compartirse. No así las consecuencias que quiere extraer de su proyección al asunto sometido ahora a la censura casacional.

El derecho a la presunción de inocencia según ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional -entre otras, STC 68/2010, de 18 de octubre - aparece configurado como regla de juicio que implica la prohibición de ser condenado sin que se hayan producido pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a -), o 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-). La STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas. Sintetizando su doctrina: se vulnerará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena: **a)** con ausencia de pruebas de cargo; **b)** con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; **c)** con la base de actividad probatoria no revestida de las debidas garantías; **d)** sin motivar la convicción probatoria; **e)** sobre la base de pruebas insuficientes; o **f)** sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos.

Pues bien, de esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aunque sin ignorar que no son compartimentos estancos sino que hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- el recurrente vertebró su queja sobre lo que considera **insuficiencia de la prueba**.

Una condena pese a la negativa del acusado es factible desde la perspectiva de la presunción de inocencia. Esto es obvio.

Sentado este axioma elemental hay que convenir que el cuadro probatorio -declaración de la menor víctima, examen psicológico sobre la credibilidad de su relato; testimonios de personas que escucharon su relato (psicólogo, trabajadora social, pediatra...)- que es desmenuzado en el fundamento de derecho segundo de la detallada sentencia- soporta sólidamente la convicción probatoria a que ha llegado la Sala de instancia. El Tribunal expone de manera rigurosa y contundente las razones de su certeza, examinando también los medios de prueba que podrían favorecer a la defensa, y sin limitarse a fórmulas estereotipadas. Usa los tres cánones ya tópicos en torno a la valoración de las declaraciones de la víctima -ausencia de motivos de incredulidad, persistencia, datos periféricos corroboradores-. No hay indicio alguno que permita encontrar en las manifestaciones de la menor una motivación diferente a la propia realidad de los hechos. La forma en que se expresó supuso para la Sala de instancia un especial indicio de veracidad que destaca en su motivación fáctica. No hay animadversión, razones para hacer una imputación falsa, o eventual sugestionabilidad. La pericial psicológica es un elemento corroborador más, no definitivo, pero sí útil e importante. El perito no puede usurpar la función de valoración de la prueba que corresponde al Juez. Éste no puede convertirse en un mero espectador o convalidador de las apreciaciones de los peritos, especialmente en un área como es la evaluación de declaraciones de menores en que existen unos cánones de examen que pertenecen al bagaje común de las máximas de experiencia, por más que según viene subrayando la literatura especializada si se confía esa valoración a la pura intuición es grande el riesgo de errores. No estorba por eso, antes bien es una ayuda a veces irremplazable, el concurso de conocimientos que proporciona la Psicología. Es una prueba científica que, como todas, aportará solo probabilidades y no seguridades.

El informe sobre la credibilidad de la testigo menor que ha coadyuvado a la convicción de la Sala es bastante expresivo. La terminología científica propia de la Psicología discurre por derroteros no coincidentes -no podría ser de otra forma- con los jurídicos. Como se deduce de la consulta de bibliografía sobre ese punto, la expresión "probablemente creíble" denota una muy alta credibilidad. Significa que la posibilidad de estar ante fabulaciones es muy reducida. Lo que no se encontrará nunca en un dictamen psicológico sobre credibilidad es una afirmación de fiabilidad total o segura. Eso no solo comportaría un impropio intento de usurpar la función judicial, sino que sería también signo de escaso rigor. En los parámetros en que se mueve esa ciencia no es posible proclamar de manera apodíctica esa credibilidad absoluta, en ningún caso. Las calificaciones al uso oscilan entre la "incredulidad" y la "credibilidad" pasando por la "imposibilidad de determinar" o el "probablemente creíble" o "increíble", o "muy probablemente creíble". Para llegar a la certeza es necesario manejar otros criterios no estrictamente científicos que sí han de ser tomados en consideración en la tarea de enjuiciamiento. Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá suplantar al del Juez, aunque puede ayudar



a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados en esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que, entre otros elementos, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, manipulación o invención (vid. STS 403/1999, de 23 de marzo, fundamento de derecho 4º o SSTs 1131/2002, de 10 de septiembre. 255/2002, de 18 de febrero, 1229/2002, de 1 de julio y 705/2003, de 16 de mayo).

El informe del mismo tenor aportado por la defensa, sin embargo, no descarta la posibilidad de abusos. No es concluyente en ese sentido. Sus consideraciones son compatibles con la realidad de los hechos.

La persistencia en la declaración no exige que se hayan producido múltiples declaraciones. Es más en el caso de menores víctimas se tiende a reducir esas declaraciones y en la medida de lo posible que sea solo una, aunque sometida a las condiciones de contradicción (vid Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre -Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20 a 24, singularmente; o Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, y firmada por España el 12 de marzo de 2009 - arts. 30 ó 35 -). Por eso que no hubiese exploración de la menor en fase sumarial no afecta a este criterio orientativo como quiere suponer el recurrente.

Los datos que aduce el recurso en sentido contrario el recurso (ausencia de lesiones, ocultación durante años de los hechos, actitud de la menor durante ese tiempo...) son como enseñan las máximas de experiencia perfectamente coherentes con los hechos.

#### **Las razones expuestas conducen a la desestimación del motivo.**

**TERCERO.-** El cuarto motivo se articula por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 180.1.4ª del Código Penal. Se argumenta que se están valorando dos veces las mismas circunstancias (edad y condición familiar del acusado): tanto para fundar el prevalimiento determinante de la tipicidad de los arts. 181 y 182 (se está hablando siempre de la legislación vigente en el momento de los hechos) como para la agravación del art. 181.

Precisamente para eludir un prohibido *bis in idem* la sentencia rechaza la agravación determinada por la edad inferior a los trece años. Fundado ya el prevalimiento en tal dato, nada impide que la relación entre el acusado y la menor -aquél estaba casado con la madre de ésta- pueda emerger con su carácter agravatorio. Hay prevalimiento, fundado en la edad (art. 181) y además otra condición agravatoria autónoma de aquella (art. 180.1.4ª).

La sentencia aplica el art. 181.4 (abusos sexuales agravados) en atención a la concurrencia de la agravación contemplada en el ordinal 4º del art. 180 del Código Penal (texto legal vigente en el momento de comisión). Antes descarta con sólidos apoyos jurisprudenciales la posible apreciación del art. 180.1.3ª (edad inferior a 13 años): se vulneraría el principio *ne bis in idem*, puesto que la edad de la víctima sería doblemente valorada en perjuicio del reo: una, para considerar que los hechos son abusos sexuales (art. 181.1 y 2); la otra, para agravar la penalidad por la vía de los arts. 181.4 (actual 5) y 180.1.3ª (SSTS 69/2001, de 23 de enero, 114/2004, de 9 de febrero, 242/2004, de 27 de febrero, 244/2005, de 25 de febrero, 1357/2005, de 14 de noviembre, 131/2007, de 16 de febrero, 788/2012 de 24 de octubre y 775/2012, de 17 de octubre ó 925/2012, de 8 de noviembre).

La citada STS 775/2012 se expresa así: *"entiende el recurrente que no es aplicable el subtipo agravado de especial vulnerabilidad basado solo en la edad del sujeto pasivo, pues tal dato ya se tuvo en cuenta para la configuración del tipo básico.*

*Ciertamente no es posible apreciar cualesquiera de los supuestos previstos en el art. 180.1.3 y 182.2 para configurar el tipo básico del art. 181.1 por falta de consentimiento y luego valorar esa menor edad para construir el subtipo agravado. Así lo entiende nuestra jurisprudencia, que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última por infracción del "non bis in idem" (cfr. SSTs 1357/2005, 14 de noviembre y 131/2007, 16 de febrero, 1357/2005 de 14 de noviembre; 35/2012 de 1 de febrero).*

*Es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso para acreditar la existencia de la vulnerabilidad, que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio "non bis in idem", al valorarse una misma circunstancia o "modus operandi" dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico y otra para cualificarlo como subtipo*



*agravado, ( SSTS. 971/2006 de 10.10 , 131/2007 de 16.2.) Por tanto hemos dicho que lo decisivo es no tener en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino los demás factores concurrentes, pues si la minoría de 13 años es requisito ineludible para considerar los abusos sexuales como no consentidos ( art. 181.2), no puede tenerse en cuenta seguidamente para aplicar la penalidad agravada, por más que la Ley penal se exprese diciendo que ésta se tomará en consideración "en todo caso, cuando sea menor de trece años", pero no se aprecia tal vulneración cuando la especial vulneración de la víctima proviene de causa distinta de su propia edad, ya que junto a la circunstancia de que la víctima sea menor de 13 años -art. 181.2- abusos sexuales no consentidos- concurre una especial relación de confianza -casi familiar- del acusado con los padres de la menor y por tanto, con ésta, cosa que sin la menor duda le hacia especialmente vulnerable y facilitó la comisión del hecho delictivo. ( SSTS. 339/2007 de 26.3 , 224/2003 de 11.2)".*

Se ha transcrito este largo fragmento porque acaba conduciéndonos al territorio donde aquí se sitúa el debate: desechada la edad como factor de agravación, ¿es correcta la aplicación del prevalimiento derivado de una relación de superioridad o de parentesco que recoge el art. 180.1.4? La Sala de instancia lo ha apreciado así: esa superioridad que representaría un plus respecto de la edad estaría basada en la relación familiar - el acusado era tío de la menor al ser ésta hija de un hermano de su mujer (de su cuñado)- y en la confianza aneja a esa relación así como en el contexto en que se produjeron los hechos: en su vivienda aprovechando las visitas propiciadas por ese vínculo.

En contra de lo que parece insinuar el recurrente esos datos están recogidos en el "*factum*", aunque es cierto que muy desvaídos: se alude a la relación familiar y al aprovechamiento de las visitas al domicilio por esa circunstancia.

Decidir sobre esta cuestión no es fácil. De hecho existen pronunciamientos no totalmente uniformes por parte de esta Sala. Se explica ello por los frenéticos cambios legislativos que han ido sucediéndose sobre esta materia, que con la obsesiva idea de evitar cualquier laguna han generado regulaciones solapadas o duplicidades y reiteraciones que confunden el claro entendimiento de cada precepto y su engarce con los demás. Comparar esta norma con el art. 192 -cuya aplicación aquí se rechaza expresamente por la Audiencia- es una muestra de lo que se dice; no la única.

Tratemos de desentrañar lo que se agrupa en tal agravación. Se exige un prevalimiento que puede apoyarse en dos factores diferentes: una relación de superioridad o el parentesco. Como han subrayado los comentaristas no es que la superioridad tenga que apoyarse en el parentesco. La conjunción disyuntiva "o" que une ambas ideas lo acredita así. Concurrirán los presupuestos de la agravante cuando haya un prevalimiento que puede basarse bien en el parentesco, bien en una relación de superioridad. Analicemos los dos términos de la agravación:

**a)** En cuanto a la **relación de superioridad** se basaría en la cercanía familiar y el hallarse en la vivienda del recurrente. Bien vistas las cosas eso no añade un plus a la superioridad derivada de la edad, ya tomada en consideración. Se refiere más bien a un abuso de confianza que es algo distinto del abuso de superioridad (como demuestra que se trate de dos agravaciones diferentes en el art. 22 CP ). Además -aunque podamos imaginar algún supuesto en que no será así necesariamente- en principio introducir por la vía del inciso inicial de esta norma, lo que ha sido deliberadamente expulsado del inciso segundo tiene algo de fraude interpretativo: es decir, considerar que todo el parentesco que no es expresamente mencionado en el inciso final representa una relación de superioridad que colmaría las exigencias del inciso inicial. Si fuese así, sobraría la segunda parte del precepto.

**b)** Pasemos a examinar el **parentesco** . La dicción del Código no es muy afortunada. Habla de ascendientes, descendientes, o hermanos por naturaleza o adopción y **afines**. Hace una acotación expresa: solo se dará la agravación derivada del parentesco cuando el autor sea ascendiente, descendiente o hermano (hablando de la consanguinidad y de la adopción), y además, los afines en los que no se incluye correctivo alguno. La interpretación literal, a la que se aferra la acusación particular para defender el mantenimiento de la agravación, no es de recibo. Es contraria a la lógica y a una elemental exégesis sistemática de la norma. El autor ciertamente era tío por afinidad de la víctima. Pero sería absurdo entender que el parentesco colateral por consanguinidad está excluido, salvo en el caso de los hermanos, y sin embargo se abarca todo el parentesco por afinidad, es decir todos los afines sea cual sea el grado. No hay que forzar mucho las cosas para entender que, aunque gramaticalmente mal expresado, se está equiparando en la Ley la condición de afinidad no a los parientes mencionados (ascendientes, descendientes o hermanos) sino al carácter "natural" o "adoptivo" del parentesco. Solo alcanzaría la agravación a los afines en los mismos grados que los mencionados (suegros, cuñados, hijastros). Esa es la fórmula que utiliza el Código cuando quiere extender la protección (o la agravación) al parentesco por afinidad (vid. art. 173, a diferencia del art. 23 CP que no contempla a los afines).



En conclusión, la relación tío-sobrino por afinidad no está contemplada en la norma y no puede basar la agravación.

No procede la aplicación del tipo agravado del art. 180.1.4º, y sí el tipo básico previsto en los arts. 181.2 y 182.1 CP".

En consecuencia, **con estimación del motivo**, hay que casar la sentencia en ese particular dictando segunda resolución en la que se excluya la agravación del art. 180.1.4 y 181.4 (según la redacción del CP . vigente en el momento de los hechos).

**CUARTO.-** En un último motivo el recurrente se queja de la inclusión en la condena en costas de las causadas por la acusación particular. No discute sin más esa inclusión como parecen entender Fiscal y Acusación particular al rebatir el recurso trayendo a colación la reiterada jurisprudencia que señala que la regla general es esa inclusión que solo decae cuando la intervención de la acusación haya sido perturbadora o sus pretensiones hayan sido manifiestamente heterogéneas con las acogidas en la sentencia.

La pretensión de la acusación era similar a la del Ministerio Público y era razonable a la vista el material instructorio, más allá de que la Sala de instancia haya rechazado que estuviese probada la introducción de los dedos en la región genital de la menor y por tanto haya reconducido la condena al delito de abusos sexuales sin penetración. Es una calificación homogénea. Además en este caso y también eso se preocupa de señalarlo la sentencia y los escritos de impugnación, la actuación de la acusación particular fue relevante en cuanto permitió imponer algunas penas accesorias que no se contemplaban en la acusación del Ministerio Público.

Pero lo que reclama la defensa no es tanto que se excluyan esas costas, como que se moderen aduciendo un argumento novedoso y en absoluto disparatado. Arguye que se ha condenado por un delito que debería haber sido enjuiciado a través de las normas del procedimiento abreviado y, sin embargo, se ha seguido el cauce del procedimiento ordinario en virtud precisamente de la acusación blandida que llevaba a ese cauce procesal por la penalidad asignada. Reclama que se module esa condena. Al igual que la condena por una falta en un procedimiento por delito ha llevado a esta Sala a reducir las costas a las correspondientes a un juicio de faltas, la condena por un delito enjuiciable en el procedimiento abreviado, cuando se siguió el procedimiento ordinario, debía conducir a moderar las costas de la acusación particular.

Una somera consulta de los criterios orientativos de algunos colegios de abogados pone de manifiesto que es práctica profesional discriminar entre un procedimiento abreviado y uno ordinario a la hora de fijar las retribuciones. Es común cuantificar en mayor medida las tareas en un procedimiento ordinario, aunque con una importante modulación: en general para las intervenciones en fase de instrucción no se diferencia por la modalidad del procedimiento: se hacen equivalentes todas.

Ahora bien, frente a ello hay que barajar algunas ideas que nos llevan a desestimar el motivo por no poder efectuarse esa sutil diferenciación para marcar unos honorarios que en definitiva son libres y no están baremados.

**a)** La minuta de los profesionales intervinientes tendrá que estar lógicamente detallada. En caso de disconformidad podrá impugnarse por los medios establecidos en la legislación.

**b)** La acusación particular no tenía el control sobre el procedimiento. La petición exclusiva del Fiscal condicionaba esa modalidad procedimental que además fue acordada de oficio por el Juzgador. No resulta lógico derivar de ella consecuencias para la parte acusadora, aunque somos conscientes de que este argumento no es definitivo como demuestra la jurisprudencia habitual en los casos de condena por una falta.

**c)** Así como existen unas diferencias resaltables entre las costas de un juicio de faltas y las de un procedimiento por delito, no puede efectuarse tal contraposición clara entre los distintos procedimientos por delito. Sería intentar trazar una raya en el agua, aunque no se desconozcan algunas diferencias de régimen legales (dualidad de peritos por ejemplo).

**QUINTO:** Estimándose parcialmente el recurso, las costas se declaran de oficio, art. 901 LECrim .

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Sixto**, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara, que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de abusos sexuales, **por estimación del motivo cuarto de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia** con declaración de las costas de este recurso de oficio.



Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº Uno de Guadalajara, fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara, y que fue seguida por un delito continuado de abusos sexuales contra Sixto , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** , integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO** .- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO** .- Los hechos son constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales de los arts. 181.1 y 2 y 74.1 y 3 del Código Penal (en la redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) tal y como se razona en la anterior sentencia. La escasa edad de la menor (5-6 años) y la confianza traicionada derivada de relaciones familiares, lleva a elegir entre las dos penas alternativas señaladas para el delito -prisión o multa- la privativa de libertad tal y como hizo ya la Sala de instancia. Tratándose de un delito continuado la pena ha de imponerse, al menos, en la mitad superior: el arco total se mueve entre dos y tres años. Se elige el mínimo, lo que no precisa de justificación adicional.

### III. FALLO

**Que manteniendo el resto de los pronunciamientos** de la sentencia dictada en la instancia incluidos los relativos a responsabilidad civil, **debemos condenar y condenamos a Sixto** , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual a la pena principal de **DOS AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo.**

Se mantiene el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Candido Conde-Pumpido Touron Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

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