

Roj: STS 2032/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2032
Id Cendoj: 28079120012016100392
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2236/2015
Nº de Resolución: 416/2016
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO
Tipo de Resolución: Sentencia

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Mayo de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley y precepto constitucional interpuesto por **Estibaliz** representada por la Procuradora D^a Isabel Julia Corujo, y por **Juan**, representado por el Procurador D. Julián Caballero Aguado, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la **Audiencia Provincial de Palma de Mallorca**, con fecha 13 de octubre de 2015. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Manacor, instruyó sumario nº 3/2013, contra Juan, por un delito de abuso sexual, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que en la causa nº 69/2014 dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- El acusado Juan, de nacionalidad española, mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 -1977, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa el día 22 de Septiembre de 2011 trabajaba en el verano de 2005 en la empresa AUTOS COLONIA S.L., de la que era socio junto a los padres de Estibaliz, de 12 años de edad en cuanto nacida el día NUM001 -1992, por la que empezó a interesarse con la intención de satisfacer su apetito sexual, ya que Estibaliz en este tiempo ayudaba realizando trabajos en la citada empresa familiar.

Así, el acusado empezó con bromas y tocamientos consistentes en caricias y cosquillas, mostrar interés por la ropa que llevaba la menor, hechos que sucedían durante las horas de trabajo que ambos compartían en el negocio familiar.

A finales del verano del 2005, el acusado en una de las ocasiones en que la acompañaba a su domicilio después de la jornada laboral, como era costumbre, aparcó el vehículo pasado el domicilio de Estibaliz, momento en que aprovechó para pedirle un beso y que le tocara el pene, cogiendo la mano de la menor y colocándola sobre su pantalón.

Unas semanas después (entre Septiembre y Octubre de 2005) en otra de las ocasiones en que el acusado acompañó a Estibaliz a su domicilio, de nuevo aparcó el vehículo en una calle más apartada pidiéndole que le hiciese sexo oral, a cuyos efectos extrajo el pene del pantalón y le explicó que lo hiciera "como si fuera un chupa chup", accediendo a ello la menor.

En Invierno de 2005, en una fecha anterior a que la menor cumpliera 13 años, el acusado la llevó en coche a un descampado, la desnudó completamente e intentaron mantener relaciones sexuales completas por vía vaginal, si bien el acusado sólo llegó a introducir parte del pene en la vagina de la menor.

En febrero de 2006, el acusado llevó a Estibaliz a una casa de alquiler propiedad de sus padres y mantuvieron relaciones sexuales.

A partir de entonces y hasta septiembre de 2010 el acusado y Estibaliz mantuvieron una relación en que se fueron repitiendo los encuentros de* naturaleza sexual, los cuales tenían lugar normalmente en descampados en el interior de un vehículo, o en el domicilio de éste.

Como consecuencia de lo expuesto, Estibaliz ha estado sometida a tratamiento psicológico, reclamando la indemnización que pudiera corresponderle.

SEGUNDO.- La madre de Estibaliz, Dña. Emilia, enterada de los hechos anteriores en el año 2010, interpuso denuncia contra el acusado que tuvo entrada en el Juzgado de guardia el día 5-10-2010. Desde entonces hasta la fecha de celebración del juicio oral, el día, 13-10-2015, la causa ha sufrido paralizaciones por causas no imputables al acusado."

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

"**FALLAMOS.- DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Juan**, como autor de un delito de abusos sexuales ya definido, concurriendo las atenuantes analógicas. de dilaciones indebidas y cuasi prescripción, a la pena de **3 AÑOS y 6 MESES DE PRISIÓN**, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a que indemnice a la menor Estibaliz en la suma de 12.000 euros, y pago de costas, entre las que incluyen las de la acusación particular."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley y precepto constitucional, por el procesado y por la acusación particular, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Recurso Juan

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim . por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producir indefensión del art. 24.1 de la CE (se renuncia a formalizar este motivo).

2º.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim . por vulneración del principio acusatorio, integrado en el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, así como del derecho fundamental a ser informado de la acusación formulada, todo ellos del art. 24.2 CE .

3º.- Por vulneración del derecho fundamental, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim . por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

4º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por cuanto, dados los hechos probados, se ha infringido el art. 181.3 del CP ., indebidamente aplicado.

5º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por cuanto, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto penal sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada, en concreto, el art. 74 del CP que ha sido indebidamente aplicado.

Recurso de Estibaliz

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., señalándose como infringida por indebida aplicación la circunstancia atenuante de cuasiprescripción, produciéndose una doble valoración de idéntico fundamento.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., señalándose como infringida por indebida aplicación la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

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

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 28 de abril de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso Juan

PRIMERO.- 1.- Pretende el penado en el segundo motivo del recurso (el primero fue renunciado) que se declare vulnerado su derecho constitucional a un proceso público con todas las garantías, reflejado en el principio acusatorio. Alega al respecto que ni en los escritos de acusación se formuló imputación de prevalimiento para ejecutar los hechos que fundan su condena, ni en la declaración de hechos probados se describe componente alguno que justifique la apreciación del mismo.

2.- La sentencia da cuenta de que el Ministerio Fiscal mantuvo en lo esencial sus conclusiones provisionales, añadiendo únicamente en el apartado segundo, la cita del párrafo 3º del artículo 181.1 º y 2º del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma por Ley Orgánica 5/2010.

La acusación particular, en idéntico trámite, se adhirió a la parcial modificación del Fiscal.

La defensa mantuvo como petición principal la petición de la libre absolución de su patrocinado y costas de oficio; e introdujo en el aludido trámites de conclusiones una alternativa, en la que calificó los hechos como constitutivos de un único delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181.1.2 . y 3 en relación con el art. 182 el C.P ., con la concurrencia de dos circunstancias atenuantes,

Y en los hechos probados incluye que D. Juan , de nacionalidad española, mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 -1977, era socio de los padres de Dª Estibaliz , de 12 años de edad en cuanto nacida el día NUM001 -1992, con lo que deja reseñados los dos datos en que va a fundar el prevalimiento: la diferencia de edad y la continuidad de los actos en la cercanía al tiempo en que la víctima superaba los doce años.

En sede de fundamentación jurídica amplía la descripción recordando que era antigua y estrecha la relación entre ambas familias y que era considerable la diferencia de edad entre ambos en el momento vital (el acusado un hombre adulto, independiente y con 28 años, y la víctima, recién finalizado el primer curso de la E.S.O. y en precoz estado de desarrollo y sin experiencia sexual alguna). Por lo que entiende, que tal y como interesan el Fiscal y la acusación particular con invocación del artículo 181.3º del Código Penal que el consentimiento de Dª Estibaliz seguía estando viciado.

Concluye con el dato, revelador de la trascendencia de los hechos, de que, como consecuencia de lo expuesto, Estibaliz ha estado sometida a tratamiento psicológico,

En definitiva estima concurrente una muy clara superioridad, de la que el acusado se aprovecha, derivada de la diferencia de edad, de la estrecha relación familiar con los padres de Dª Estibaliz y del carácter de la menor, tímido y con tendencia a la introversión (como ella misma relató) y que el acusado pudo tantear en los primeros episodios.

3.- El examen de los antecedentes procesales, constituidos por los escritos de acusación y del apartado de la sentencia que describe los hechos probados, permite concluir que la identidad de los hechos, los descritos por los actos de parte y por la sentencia, coinciden en su totalidad, y todos, a su vez, con el previo auto de procesamiento.

Pues bien, dado que lo que el principio **acusatorio** impone es precisamente esa identidad en lo sustancial, es claro que aquí no ha sido en modo alguno vulnerado.

Pero el principio de **no indefensión** no se agota en esa identidad del objeto procesal y el contenido fáctico de la sentencia. Para aquél no es indiferente la **identidad entre el título de condena** invocado por las partes y el que justifica la decisión. La variación de éste respecto del asumido por las partes es presupuesto ineludible para que la defensa pueda ser articulada con estrategia eficaz. De ahí que las eventuales modificaciones deban hacerse presentes en tiempo hábil para que puedan formularse alegaciones y proponerse medios de prueba con efectividad.

Ocurre que en este supuesto, que ahora juzgamos, sí se produjo una variación, ya que fue en la calificación definitiva, durante el juicio oral, cuando por primera vez se pretende expresamente que la condena se imponga también considerando que el acusado **se prevaleció** de una situación de ascendencia relevante penalmente por implicar la aplicación del artículo 181.1.3º del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

No obstante esa variación fue seguida de la oportunidad conferida a la asistencia Letrada para formular pretensiones que garantizaran la defensa. La parte, como hemos comprobado al visionar la grabación del juicio oral, manifestó no tener nada que protestar ni solicitar al respecto.

Y, lo que es más significativo, si cabe, la prescindencia de tal tipificación, en este caso, no acarrea consecuencia alguna. Ya que antes de alcanzar los trece años de edad ya se había consumado como abuso típico continuado con acceso carnal, según veremos al examinar los siguientes motivos.

SEGUNDO.- 1.- También considera vulnerando otro derecho constitucional cual es el de presunción de inocencia en relación con el dato de hecho constituido por el conocimiento que dice la sentencia que el acusado tenía de la edad de la víctima.

2.- No cabe olvidar que el elemento subjetivo es un dato de inequívoca naturaleza fáctica, y por ello susceptible de verdad o falsedad, y que, como tal, su control, en el caso de sentencias condenatorias, solamente cabe por el específico cauce de la vulneración de la presunción de inocencia, o, más limitadamente, por la de error de hecho del nº 2 del artículo 849 citado.

Como recordábamos en nuestra Sentencia nº 987/2012 3 de diciembre, el Tribunal constitucional ha recordado que la concurrencia de los denominados elementos subjetivos del delito debe recibir el mismo tratamiento garantista dispensado en relación a los demás componentes de naturaleza fáctica, y, por ello, su afirmación como concurrentes debe satisfacer las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Y, también, por ello, el control casacional debe efectuarse a través del cauce por el que esa garantía puede discutirse en la casación.

La STC nº 126/2012 de 18 de junio de 2012, reitera que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia.

En la Sentencia de este Tribunal de 12 de Marzo del 2012, resolviendo el recurso 1925/2011 se reitera que sobre la naturaleza de premisa fáctica que cabe predicar del elemento subjetivo del delito poco cabe dudar. Y la Sentencia también de este Tribunal Supremo nº 32/2012 de 25 de enero, recuerda con el TEDH que la apreciación de un elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico. Y también en la STS nº 624/2013 27 de Junio del 2013, Recurso: 2304/2012 donde se dice que en relación a la concurrencia de este elemento interno, considera de naturaleza inequívocamente fáctica lo relativo a la concurrencia en los imputados del conocimiento y consentimiento en su actuación al firmar el Convenio-Contrato, al respecto requisito "a sabiendas" que exige el tipo penal del art. 404, (aunque en el caso) el Tribunal de instancia lo dejó extramuros de su consideración y valoración, como consecuencia de no estimar el Convenio-Contrato una resolución de fondo a los efectos de dicho artículo 404 Código Penal.

2.- En cuanto al contenido de la garantía de presunción de inocencia cabe señalar que parte ésta de una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, previamente, que aquella actividad probatoria se constituya por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La prueba aportará, como justificación externa de la decisión, los datos asumibles por la credibilidad del medio y la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por ello, debe calificarse de objetiva.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La objetividad de la certeza no se desvanece por cualquier duda, por lo demás consustancial al conocimiento humano. Pero si la duda, por su entidad, bajo los mismos parámetros de lógica o experiencia, puede calificarse de razonable, alcanza también el grado de objetividad que reclama la absolucón del acusado.

No es pues acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria. Y es que en aquel caso las inferencias no pueden calificarse de concluyentes sino de abiertas, lo que las hace contrarias a las exigencias de la garantía examinada.

3.- La sentencia parte de que coinciden el testimonio de la menor y de su madre en que la relación entre ambas familias se inició mucho antes, concretándolo la testigo D^a Emilia en el momento antes aludido en que D^a Estibaliz cuenta con tan sólo 1 año de edad.

Y ha explicado que, pese a que el penado dice que cuando ocurren los hechos D^a Estibaliz tenía aspecto de mujer, alta, guapa y bien formada, no obstante esta afirmación aparece contradicha por el testimonio de la madre de D^a Estibaliz quien explicó al tribunal que su hija comenzó el desarrollo a partir de los 13 o 14 años, y que a los 12 años ni presentaba un estado avanzado de desarrollo, ni un aspecto impropio de su edad.

Pero sobre todo hay un elemento de juicio valorado en la sentencia relevante a estos efectos. Es la manifestación de la víctima en juicio al relatar que cuando cumplió 13 años recuerda que el acusado le envió un SMS por su cumpleaños.

Pues bien el dato externamente aportado al juicio de la relación, íntima y duradera entre acusado y familia, unido a esa felicitación en el momento en que la víctima cumple 13 años, determina, por coherencia interna acomodada a lógica y experiencia, la conclusión inferida de que el dato de la edad no podía ser desconocido para el acusado. A tal conclusión no cabe añadir otras de diverso contenido que puedan asumirse como razonables.

Por ello el aserto sobre el elementos subjetivo del tipo no es contrario a la garantía invocada y el motivo debe ser rechazado.

TERCERO.- 1.- Impugna la sentencia el penado por estimar que la aplicación del subtipo agravado del artículo 181.3, en redacción vigente al tiempo de los hechos, vulnera el citado precepto que, en su consideración, no era aplicable.

Y ello porque, además de la razón antes dicha en el motivo segundo, tratada en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el hecho probado no describe elementos que justifiquen la consideración del subtipo agravado

2.- Como diremos en el fundamento jurídico siguiente, el contenido de la decisión permanecería en todo caso inalterable. Pero es que basta recordar lo ya dicho en el fundamento jurídico primero para concluir que los datos, que acompañan al indiscutido de las relaciones sexuales entre acusado y víctima, llevan inexorablemente a considerar que los mismos fueron posibles porque el penado **aprovechó** ese contexto para obtener un consentimiento en la víctima que, de no concurrir tales datos y aprovechamiento, no habría logrado como fruto de un consentimiento producto de una voluntad que pueda calificarse de libre y no viciada.

Y eso es precisamente lo que constituye el presupuesto de la norma prevista en aquel artículo 181.1.3º del Código Penal entonces vigente. Y más favorable al reo que la norma posterior.

El motivo se rechaza.

CUARTO.- 1.- En el quinto motivo la vulneración de precepto legal, invocada a los efectos del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se centra en la consideración de **continuidad** en la sanción de los hechos como delito agravado por acceso.

Partiendo de la estimación del motivo primero, relativo a la descripción de hechos, que traería como consecuencia la exclusión de hechos posteriores al cumplimiento de los trece años de la víctima, considera que los hechos imputados, como ejecutados mientras tenía 12 años, solamente en uno de los supuestos supuso acceso.

2.- Falta el presupuesto de que parte el recurrente.

Dice el hecho probado que entre Septiembre y Octubre de 2005, en una de las ocasiones en que el acusado acompañó a Pauline a su domicilio, de nuevo aparcó el vehículo en una calle más apartada pidiéndole que le hiciese sexo oral, a cuyos efectos **extrajo el pene del pantalón y le explicó que lo hiciera "como si fuera un chupa chup", accediendo a ello la menor.**

Y como hecho también previo a cumplir los trece años, en invierno de 2005, el acusado la llevó en coche a un descampado, la desnudó completamente e intentaron mantener relaciones sexuales completas por vía vaginal, si bien el acusado **sólo llegó a introducir parte del pene en la vagina de la menor** .

Así pues el tipo penal del artículo 182 del Código Penal , por existir acceso, ya se había consumado por dos veces en fase de la vida de la víctima anterior a cumplir los trece años. De ahí la procedencia de considerar que la pena debería individualizarse conforme a la norma del artículo 74 del Código Penal .

Y ello es lo que priva de trascendencia, como hemos venido anunciando, a si la persistencia de la relación sexual, cuando la víctima ya rebasó el umbral penalmente típico de los trece años, se posibilitó por el abuso de la situación de inferioridad o desvalimiento de aquélla.

El motivo se rechaza.

Recurso de Estíbaliz

QUINTO.- 1.- La primera impugnación suscrita por esta acusación particular hace referencia a la estimación como circunstancia atenuante analógica del dato que titula "cuasi-prescripción" consistente en el transcurso de tiempo entre el hecho y la iniciación del procedimiento en virtud de denuncia o querrela.

Fija su atención la sentencia, para estimar esa rebaja de la pena, en el tiempo de comienzo de las relaciones de contenido sexual –año 2005– y la incoación de la causa –año 2010– así como en la actitud de la víctima, de la que recoge su manifestación de que "ella no hubiera denunciado" los hechos.

La acusadora discrepa del criterio de la sentencia. Primero porque la jurisprudencia que la sentencia de instancia invoca no da amparo en este caso a tal atenuante. No solamente por el tiempo transcurrido entre la última relación sexual y la denuncia era escaso, sino porque, dada la edad de la víctima, ni siquiera había comenzado a correr. Segundo porque, al apreciarse la atenuante de dilaciones indebidas, y dado que en ambas circunstancias es el tiempo de quietud procesal el fundamento de la atenuante, se estaría valorando dos veces lo mismo.

2.- El motivo mereció el apoyo del Ministerio Fiscal.

3.- La sentencia dice que la doctrina jurisprudencial avala aquella atenuante denominada, desde luego no pacíficamente, "cuasi-prescripción", en los casos, *por ejemplo, en los que la parte perjudicada recurra a una dosificada estrategia que convierta el ejercicio de la acción en un elemento más de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido. La eficacia de una maniobra de esas características puede incluso adquirir una dimensión singular en aquellos delitos en los que la denuncia actúa como presupuesto de perseguibilidad, convirtiendo la incoación del proceso en una soberana decisión sólo al alcance del perjudicado.*

Reconoce la sentencia que no existe ningún dato que conduzca afirmar que la tardanza en la interposición de la denuncia es estratégica, pero tampoco puede pasarse por alto que la propia perjudicada, con el tiempo, llegó a querer mantener en cierta manera la relación con el acusado, pues se han aportado elementos de juicio suficientes para inferir que tuvo de algún modo y en algún momento, una vez ya adquirida madurez sexual, la oportunidad de cortarla, acudiendo a la ayuda de terceros que conocían la relación, como su amiga D^a Marisa o su novio D. Cipriano , siendo en una fecha muy próxima la mayoría de edad de D^a Estíbaliz cuando la madre descubre la relación que todavía mantiene con el acusado; habiendo sido muy clara en su manifestación en el acto del juicio al decir que ella no hubiera denunciado los hechos.

4.- En la **STS nº 77/2006, de 1 de febrero** , en un caso en que los hechos databan del año 1991 y el procedimiento se inicia en el 2000 cuando el periodo de prescripción estaba próximo a culminarse, recuerda que el fundamento de la prescripción del delito es el olvido social del mismo. Atiende también a circunstancias específicas como que el delito tuvo lugar *en la intimidad de la familia*, su resonancia fue menor, y por tanto *el olvido social del mismo más intenso*, aunque es cierto que no se completó el periodo legal, estima que podemos y debemos rebajar la punibilidad del hecho, pues el tiempo transcurrido desde su comisión sin investigación, atenúa la culpabilidad por ese casi olvido social del delito, y si la culpabilidad es el presupuesto y la medida de la punibilidad, la disminución de aquélla debe tener incidencia en la determinación de ésta, *no tanto*, se insiste, *por dilaciones indebidas que no existieron*, sino porque ha estado muy próximo el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta su investigación prevista por la Ley para la prescripción. Y cita la **STS 1387/2004 de 27 de Diciembre** . Aun se añade como justificación de la innovadora decisión que también se llegaría a la misma conclusión de la disminución punitiva por la vía de las **exigencias derivadas del principio de proporcionalidad** . Desde las exigencias del principio de proporcionalidad, no sería admisible

que la individualización de la pena no tuviera en cuenta que los hechos se denunciaron cuando *faltaba un año para los diez* de la prescripción del delito.

En la **STS nº 883/2009, de 10 de septiembre**, ya se acude por analogía al argumento centrado en la posibilidad de "extender el ámbito material de la atenuante de dilaciones indebidas (*art. 21.6 CP*) a supuestos distintos de los hasta ahora considerados por esta Sala. Y entre el fundamento de la nueva atenuante se alude que aquellos casos en los que la parte perjudicada recurra a una dosificada estrategia que convierta el ejercicio de la acción penal –con los efectos de toda índole que de ello se derivan– en un elemento más de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido. La eficacia de una maniobra de esas características puede incluso adquirir una dimensión singular en aquellos delitos en los que la denuncia actúa como presupuesto de perseguibilidad, convirtiendo la incoación del proceso en una soberana decisión sólo al alcance del perjudicado. En suma, el transcurso desmesurado del tiempo, provocado de forma voluntaria por el perjudicado, no debería excluir la posibilidad de un tratamiento específico por la vía de la *atenuación analógica invocada* por el recurrente. El sistema penal estaría así en condiciones de traducir en términos jurídicos las estrategias dilatorias concebidas con el exclusivo propósito de generar una *interesada incertidumbre* en el autor de un hecho delictivo, presionado extrajudicialmente para su reparación. En el caso apreció que la inactividad de las autoridades resultó clamorosa, con el consiguiente efecto de que ahora, *catorce años después de acaecidos los hechos*, la ejecución de una grave pena de privación de libertad, se halla todavía pendiente. Se dibuja así una suerte de "**cuasi-prescripción**" que encontraría fundamento en la necesidad de prevenir la inactividad de las autoridades, evitando así la desidia institucional, que provoca serios perjuicios a la víctima –en este caso, limitada en su capacidad de determinación–, pero *que también menoscaba el derecho del imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporáneo, los fines que le son propios*.

Con todo se cuida de advertir que **no cabe premiar penalmente aquellos supuestos en los que, sin más, transcurre un dilatado período de tiempo entre la comisión de los hechos y su enjuiciamiento o en los que las autoridades a las que se encomienda la persecución del delito no tienen conocimiento de su comisión y, por tanto, carecen de los elementos de juicio indispensables para la incoación del proceso penal** (vide también la **STS nº 1247/2009, de 11 de diciembre** y las números 1387/2004, de 27 de diciembre (fundamento de derecho 11º), y la 77/2006, de 1 de febrero (fundamento de derecho 8º))."

Se llega a establecer que, si bien la Ley le ofrece a la víctima la posibilidad de denunciar los hechos cuando alcanza la mayoría de edad y le otorga, como plazo, todo el tiempo señalado por la Ley para la prescripción del delito por ella sufrido, ello *no elimina la existencia real del retraso* en la denuncia, la proximidad del olvido social, o la atenuación de la necesidad de pena.

Pues bien, con independencia de que tal doctrina pueda ser discutida, por su difícil anclaje en la norma penal vigente, es lo cierto que en el presente caso están ausentes todos los elementos que, con mayor o menor acierto han sido valorados en esas específicas Sentencias de este Tribunal Supremo.

Ninguna maniobra dilatoria se detecta en la estrategia de la denuncia. Si bien la menor muestra voluntad de no denunciar, es claro que es a quienes deben velar por su integridad a los que habría de referirse el reproche de tardanza en la denuncia. Y no cabe duda de que los responsables de garantizar la indemnidad sexual de la víctima reaccionaron con rapidez a seguir de tomar noticia de los ataques a aquella. Como debe recordarse que fue más el tiempo transcurrido desde el comienzo de las relaciones sexuales penalmente típicas hasta su término que el que medió entre su cese y la denuncia.

Finalmente, **pese a la diversidad de presupuesto entre esta atenuante innovada en la doctrina jurisprudencial citada y la de dilaciones indebidas, no es menos cierto que el fundamento de una y otra están lejos de ser disímiles con entidad bastante como para poder apreciar ambas si incurrir en un no aceptable *bis in idem***. Basta advertir como aquella doctrina acude a esa pareja justificación para introducir sin concurrente voluntad legislativa esa modificación de la responsabilidad.

Por todo ello se estima el motivo con las consecuencias que se dirán en la segunda e inmediata sentencia.

SEXTO.- 1.- Se opone también la acusación a la estimación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Parte de que las dilaciones relevantes serían solamente las acaecidas tras la adquisición por el denunciado de la cualidad de imputado. Ya en julio de 2011. No existe un derecho del delincuente a ser descubierto e imputado con prontitud. Tras aquella fecha, se reprocha al acusado, la interposición de recursos

y la solicitud de sobreseimiento no fueron ajenas a la duración de la fase sumarial. Se remite a lo que estima es una "realidad cotidiana en los juzgados".

2.- La jurisprudencia, como en el caso de la STS nº 288/2016 de 7 de abril , y la 165/2016 de 2 de marzo , ha dicho que la "*dilación indebida*" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta *prestacional* –derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable–, y *reaccional* –traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas–. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el *criterio de la necesidad de pena en el caso concreto*, atendiendo para ello al *interés social derivado* de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de *ponderarse los perjuicios* que la dilación haya podido generar al acusado (*SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España ; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España ; SSTC 237/2001 , 177/2004 , 153/2005 y 38/2008 ; y SSTS 1733/2003, de 27-12 ; 858/2004, de 1-7 ; 1293/2005, de 9-11 ; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 40/2009, de 28-1 ; 202/2009, de 3-3 ; 271/2010, de 30-3 ; 470/2010, de 20-5 ; y 484/2012, de 12-6 , entre otras*).

También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el *artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos* y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra *Constitución en su art. 24.2* . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (*SSTS 91/2010, de 15-2 ; 269/2010 de 30-3 ; 338/2010, de 16-4 ; 877/2011 de 21-7 ; y 207/2012, de 12-3*).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que *debe compensarse* en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (*SSTC 177/2004 y 153/2005*). Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo conlleve una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues ésta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no determina, por lo tanto, que disminuya o se extinga (*SSTS 987/2011 de 15-10 ; 330/2012 de 14-5 ; y 484/2012 de 12-6*)".

En la STS 318/2006 de 15 de abril añadimos que:

Después de promulgarse la actual redacción del artículo 21.6 del Código Penal en el año 2010 , la Jurisprudencia ha tratado de definir el alcance de los **presupuestos típicos de dilación** extraordinaria de la tramitación del procedimiento y del carácter indebido de la misma, así como ausencia de atribuibilidad al inculpado y relación con la complejidad de la causa.

El carácter extraordinario en el retraso se configura de naturaleza totalmente empírica y como algo que no cabe un concepto meramente normativo que implique atenuante para toda duración meramente diversa

de la duración legalmente prevista para cada trámite (SSTS nº 199/2012 de 15 de marzo ; nº 1158/10 de 16 de diciembre). Cuando la reparación exigible por razón de la **dilación** sea la disminución de la pena imponible, las exigencias deben ir más allá de las reclamables cuando se trata de acudir a otros remedios de la vulneración constitucional.

En cuanto a la exigencia típica de que la **dilación** sea **indebida** dijimos en la citada STS 990/2013 que: debe entenderse en el sentido de injusto o ilícito. Es decir no justificable. Para establecer tal conclusión ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso. Así será indebida si resulta desproporcionada para la complejidad de la causa. Y ésta puede derivar de la multiplicidad de sujetos intervinientes que obliga a la multiplicación de los trámites. O de la dificultad para establecer la estrategia investigadora adecuada. O de otras circunstancias que deberán ser valoradas sin que, como antes dijimos quepa remitirse meramente al transcurso del tiempo. La falta de justificación no debe considerarse como correlato ineludible con eventualidades responsabilidades profesionales de los sujetos del procedimiento. Como tampoco cabe excluir la nota de indebida por la mera alusión a deficiencias estructurales de la organización del servicio judicial.

De manera muy concreta, entre esas **circunstancias** deberá valorarse cual ha sido, no solo el comportamiento del poder jurisdiccional, sino el comportamiento del propio acusado provocando las **dilaciones**.

Se ha discutido si existe la **carga procesal** de denunciar la demora en la tramitación al tiempo de incurrir el procedimiento en aquélla. El TC remite a la jurisdicción ordinaria la decisión al respecto (STC 78/2013) pero, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, proclama que la exclusión de la atenuante bajo la argumentación de exigencia de esa carga no puede calificarse de arbitraria, siquiera lo debatido fuera en esa ocasión el carácter muy cualificado de la atenuante, que había sido desechado.

Procesalmente es carga del que pretende la atenuante, al menos , **señalar los períodos** de paralización , justificar por qué se consideran "indebidos" los retrasos y/o indicar en qué períodos se produjo una ralentización no justificada, siquiera en ocasiones concretas se haya huido de un rigor formalista en esta exigencia (STS 126/2014 de 21 de febrero). (énfasis específicos de la cita).

La sentencia de instancia justifica la concurrencia de esos parámetros cuando estima y aplica la en el recurso, ahora y aquí, combatida atenuante de dilaciones indebidas.

La escasa complejidad de la causa, las paralizaciones en diversas fases, como la ocurrida para la obtención de informes periciales o entre la admisión de prueba y la celebración del juicio, son razones suficientes para tildar no solo de extraordinaria sino de ilegítima la duración en alcanzar la decisión en la presente causa. Tal criterio es compartido por este Tribunal. Y, por ello, rechazamos el motivo

SÉPTIMO.- La parcial estimación del motivo del recurso de la acusación lleva a declarar de oficio las costas que su recurso ocasionó. Por el contrario la total desestimación del formulado por la defensa del penado obliga a imponer a éste las que fueron originadas por dicho recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación formulado por **Juan** , contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la **Audiencia Provincial de Palma de Mallorca**, con fecha 13 de octubre de 2015, resolución que confirmamos en los particulares objeto de dicho recurso con imposición al penado recurrente de las costas derivadas de su recurso.

Por el contrario declaramos **HABER LUGAR** parcialmente el recurso que contra la misma resolución se formuló por la representación de **Estibaliz** , casando en parte la sentencia recurrida con declaración de oficio de las costas derivadas de ese recurso y las consecuencias que se establecerán en la segunda sentencia que dictamos a seguir de ésta.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Mayo de dos mil dieciséis.

En la causa rollo nº 69/2014 seguida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dimanante del sumario nº 3/2013, instruido por el Juzgado Instrucción nº 1 de Manacor, por un delito de abuso sexual, contra Juan , de nacionalidad española, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 13 octubre de 2015, que ha sido recurrida en casación por el procesado y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan en su totalidad los hechos que se declaran probados en la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en la sentencia de casación consideramos que no concurren méritos para estimar la atenuante que se denominó en aquella de cuasi-prescripción. Por ello debemos proceder a determinar la pena que corresponde al acusado. Ésta, por concurrir una sola atenuante ha de incluirse en la mitad inferior del tramo de pena que corresponde conforme al artículo 74 a la continuidad estimada en la comisión del delito de abuso sexual con acceso que hemos dejado definido en aquella sentencia de casación. Es decir la mínima de la mitad superior de la prevista para el tipo.

Por ello

III. FALLO

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Juan , como autor de un delito de abusos sexuales ya definido, concurriendo las atenuantes analógicas. de dilaciones indebidas, a la pena de **7 AÑOS DE PRISIÓN**, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a que indemnice a la menor Estibaliz en la suma de 12.000 euros y pago de costas, entre las que se incluyen las de la acusación particular.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.