



Roj: **STS 4003/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4003**

Id Cendoj: **28079120012020100660**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2020**

Nº de Recurso: **457/2019**

Nº de Resolución: **627/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 4003/2020,**
AAP A 771/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 627/2020

Fecha de sentencia: 20/11/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 457/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante. Sección Tercera

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

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 457/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 627/2020

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 20 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 457/2019 interpuesto por Melisa , representado por la procuradora Doña Rosario ARENAS DE BEDMAR bajo la dirección letrada de DON Fabian VILLENA PASTOR, contra el auto dictado el 29 de noviembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Alicante, en su Rollo Sumario 21/2018, en el que se declara prescritos los hechos y se procede al archivo de las actuaciones. Ha sido parte recurrida El Ministerio Fiscal y Eduardo , representando por el procurador Doña Yolanda JIMÉNEZ ALONSO bajo la dirección letrada de Don Jesús MANDRI ZÁRATE.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Instrucción número 2 de los Benidorm, incoó Sumario 480/2014 por delito de continuado de delitos sexuales contra Eduardo , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Tercera.

SEGUNDO. - La Audiencia Provincial en el Rollo Sumario Ordinario 21/2018, dicto auto en fecha 29 de noviembre de 2018, con los siguientes Hechos:

" **PRIMERO.** - En virtud de escrito de fecha 24 de octubre de 2018 presentado por la defensa de Eduardo , de acuerdo con los Art. 666 n° 3 y 667 de la L.E.Cr. planteó la prescripción del delito , interesando el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones.

SEGUNDO. - Evacuado traslado del escrito al Ministerio Fiscal y a la Acusación Particular, solicitaron desestimar la prescripción alegada por la representación del acusado.

TERCERO. - De conformidad con lo dispuesto en el art. 673 de la L.E.Cr. y no habiéndose propuesto prueba, se señaló la vista del artículo de previo pronunciamiento para el día 28 de noviembre del presente año, para cuyo acto fueron convocadas todas las partes."

TERCERO. - La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" **SE ESTIMA** la excepción de previo pronunciamiento alegada por la defensa de Eduardo , y se declaran prescritos los hechos, procediéndose al archivo de las actuaciones, sin hacer pronunciamiento en costas de este incidente.

Notifíquese la presente resolución, haciendo saber que contra la misma cabe recurso de casación en el plazo de cinco días."

CUARTO. - Contra este auto la representación procesal de Melisa , anunció, en tiempo y forma, su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de preceptos constitucionales, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO. - El recurso formalizado por Melisa , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Único. - Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender infringido el artículo 24.1 de la Constitución, en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva.

SEXTO. - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 2 de abril 2019, solicitó la estimación del único motivo del recurso interpuesto. Por su parte, la representación de Eduardo , en su escrito de 11 de marzo de 2019, solicitó la inadmisión e impugno el motivo del recurso. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 18 de noviembre de 2020 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Mediante auto de 29/11/18 la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, estimando una cuestión de previo pronunciamiento, declaró prescritos los hechos objeto de acusación, acordando el archivo de las actuaciones.



La acusación particular ha interpuesto recurso de casación en el que se articula un único motivo de impugnación, al amparo de los artículos 852 de la LECrim y 24 de la Constitución, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el desarrollo argumental del motivo se sostiene que la Audiencia Provincial ha declarado la prescripción, anticipando los hechos definitivos y su calificación jurídica y cercenando la posibilidad de que puedan ser fijados al finalizar el juicio, una vez practicada la totalidad de la prueba, lo que podría dar lugar a una calificación por delitos de agresión sexual que no estaría prevista.

Se admite que este criterio fue acogido por la propia Audiencia en otro auto anterior de 04/12/2017 y ha sido sorpresivamente modificado en el trámite de cuestiones previas y que, conforme a la doctrina de esta Sala, la prescripción sólo puede declararse en el trámite de cuestiones previas cuando concurren de forma diáfana los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para su apreciación, presupuestos que en este caso no existen porque de la declaración de la víctima en la fase de instrucción puede derivarse la existencia de intimidación en las relaciones sexuales habidas con ella cuando era menor, lo que justificaría un cambio de calificación y daría al traste con el plazo de prescripción que ha sido aplicado en el auto recurrido.

SEGUNDO. - Tal y como recuerda acertadamente el Ministerio Fiscal en su informe, esta Sala viene reiterando que la prescripción sólo puede ser apreciada en el trámite de resolución de las cuestiones de previo pronunciamiento, al inicio de la vista oral y sin celebración del juicio, cuando concurren de forma diáfana los presupuestos fácticos y jurídicos de la prescripción delictiva (SSTS 678/2013, de 19 de diciembre, 583/2013, de 10 de junio , 1077/2010, de 9 de diciembre , 793/2011, de 8 de julio y 112/2017, de 22 de febrero, entre otras muchas), es decir cuando de forma clara y manifiesta no existe justificación para celebrar el juicio oral porque desde el punto de vista fáctico no resulte necesaria la práctica de prueba alguna para adoptar una decisión sobre la cuestión previa planteada (STS 19 de septiembre de 2013) y desde el punto de vista jurídico no resulte necesario realizar una argumentación o motivación específica para rechazar en el Auto previo la calificación jurídica sostenida por las partes acusadoras que impide la prescripción (STS 583/2013, de 10 de junio), pues en caso de ser necesario este análisis jurídico previo las partes deben tener la oportunidad de defender su calificación de forma contradictoria en el acto del juicio oral. Y también ha dicho que se quebranta el deber de motivación de la resolución judicial y, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.2 CE cuando una resolución judicial es fruto de una decisión arbitraria en la medida en que ha sido adoptada de modo precipitado, en un momento procesal inoportuno, sin permitir a la parte recurrente practicar prueba para acreditar el fondo de sus pretensiones y sin permitirle alegar y argumentar en defensa de su derecho (STS 112/2017, de 22 de febrero).

TERCERO. - 3.1 En el caso sometido a nuestra censura casacional y a tenor de los escritos de calificación los hechos ocurrieron durante el verano de 1998 y el verano siguiente de 1999. El Ministerio Fiscal calificó esos hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual con introducción de miembros corporales tipificado en el artículo 181 en relación con el artículo 182 del Código Penal. Por su parte, la Acusación Particular calificó los mencionados hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal, tipificado en el artículo 181 en relación con el artículo 182.1 y 2 en concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 180.1.3ª, 4ª y con la aplicación de la continuidad delictiva del artículo 74 del Código Penal y todo ello según la redacción de la Reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 1 de mayo de 1999.

Pese a las calificaciones de las acusaciones, el tribunal de instancia, con apoyo en sentencias de esta Sala, consideró que los hechos objeto de acusación no podían incardinarse en el delito previsto en el artículo 182 CP ya que lo que se denunció es que el acusado en el contexto de los abusos introdujo a la niña un dedo en la vagina.

El citado artículo 182 CP, vigente al tiempo de los hechos, sancionaba con pena de cuatro a diez años de prisión los abusos sexuales que consistieran en "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías" pero no se incluía la introducción de miembros corporales, omisión que fue subsanada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó el precepto castigando de forma agravada los abusos sexuales que consistieran en la "introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías".

A partir de este razonamiento el tribunal de instancia consideró que los hechos sólo pueden ser calificados como un delito de abuso sexual del artículo 181 CP, castigado con pena de 1 a 3 años de prisión o multa de 18 a 24 meses. La víctima alcanzó la mayoría de edad el 04/12/2009 y denunció los hechos el 02/02/2015 y el delito tenía un plazo prescriptivo de 3 años, conforme a los artículos 131.1, 13.2 y 33.3 del Código Penal entonces vigente, por lo que el delito había prescrito cuando se interpuso la denuncia, al haber transcurrido más de 3 años desde la fecha en que los hechos pudieron ser objeto de denuncia (artículo 132.1 CP).



3.2 Lo que delimita el objeto del proceso en el trámite de cuestiones previas son los escritos de calificación y a partir de ellos se debe determinar si el delito por el que se formula acusación está o no prescrito, sin que pueda quedar pendiente ese análisis de hipotéticos cambios de calificación que pudieran formularse en el trámite de conclusiones definitivas ya que, de admitirse semejante planteamiento, siempre sería prematuro todo pronunciamiento sobre la prescripción y conduciría a la imposibilidad de plantear esta excepción como cuestión de previo pronunciamiento.

Es cierto que el objeto del proceso penal es de cristalización progresiva y está sujeto a modificaciones durante el desarrollo del proceso, incluso al término del juicio, pero en este último caso con relevantes limitaciones. Sin embargo, también es cierto que en la calificación provisional se han de determinar los elementos fácticos y jurídicos que justifican la acusación lo que delimita el objeto de enjuiciamiento, de todo punto imprescindible para la efectividad del derecho de defensa. La delimitación de ese objeto es lo que justifica la LECrim no sólo posibilite sino que obligue a plantear las cuestiones previas antes de la celebración del juicio, entre las que se comprende la prescripción del delito, y no sería congruente con esa exigencia procesal que la apreciación o no de la prescripción quedara condicionada a futuras modificaciones de la calificación provisional. Por lo tanto, la Audiencia Provincial ha actuado con corrección al declarar la prescripción de un delito en atención a la calificación del mismo efectuada en el escrito de calificación provisional.

El recurso, en consecuencia, se desestima.

CUARTO. - De conformidad con lo preceptuado en el artículo 901 de la LECrim debe condenarse a la recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

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

1º. **DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Melisa contra el auto 511/18 de 29 de noviembre de 2018, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante.

2º. **CONDENAR** a la recurrente al pago de las costas procesales causadas por este recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Andrés Palomo Del Arco Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina