

Roj: **STS 772/2013 - ECLI:ES:TS:2013:772**Id Cendoj: **28079120012013100134**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/02/2013**Nº de Recurso: **894/2012**Nº de Resolución: **131/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP, Barcelona, Sección 6ª, 28-03-2012,
STS 772/2013**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil trece.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado **Justiniano**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, que le condenó por delito de abuso sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. García Castellano.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de L'Hospitalet instruyó sumario con el nº 3 de 2011 contra Justiniano, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, que con fecha 28 de marzo de 2012 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- *Se declara probado que, en fecha no determinada pero anterior y muy próxima al 25 de octubre de 2006, siendo un domingo por la mañana, el procesado Justiniano, mayor de edad, sin autorización legal para residir en España y sin antecedentes penales conocidos, en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa desde el 30 de agosto de 2011 y en la que permanece hasta la fecha, se encontraba en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM000, NUM001 de L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), que en ese momento compartía con quien entonces era su pareja sentimental Estela, con el hijo de ésta de un año y medio de edad, con Lucía (hermana de Estela) y con la hija de esta última Sabina, nacida el NUM002 de 1993, y que a la sazón contaba con doce años de edad, circunstancia conocida por el procesado. En ese momento se encontraban en la vivienda únicamente el procesado y la menor Sabina, quien acudió al dormitorio de aquél para cambiar los pañales al bebé. El procesado, que se hallaba tumbado en la cama vistiendo únicamente unos calzoncillos, guiado por un ánimo libidinoso, y con el propósito de obtener satisfacción sexual, tumbó a Sabina sobre el lecho y se puso encima de ella realizando tocamientos y frotamientos simulando el acto sexual, sin que haya resultado probado que llegara a penetrarla vaginalmente ni de ninguna otra forma. Advirtiendo luego a la menor de que no debía comentar a nadie lo sucedido. Días después la menor envió un mensaje al teléfono móvil del procesado con una foto suya y el texto " Justiniano, quieres hacer el amor?", mensaje que fue descubierto por la compañera sentimental del mismo, lo que provocó una discusión con la madre de la menor y que los hechos salieran a la luz. Sabina padece una minusvalía psíquica valorada en un 36% relacionada con sus capacidades de memoria que en modo alguno afecta a sus facultades de comprensión de los hechos ni volitivas. SEGUNDO.- El procedimiento estuvo paralizado en fase de instrucción entre el 29 de octubre de 2006 (fecha en la que el juzgado de instrucción nº 4 de L'Hospitalet remitió las actuaciones al Decano para su reparto) y el 10 de noviembre de 2008 (en la que*



por el mismo juzgado, tras comprobar que tal remisión no había llegado a producirse y que la causa se hallaba en el archivo, se acordó la práctica de las primeras diligencias judiciales). Habiendo sufrido con posterioridad diversas paralizaciones de menor entidad, que en la mayoría de los casos no son achacables al procesado, hasta el punto de que entre la producción de los hechos y la fecha del juicio han transcurrido casi cinco años y medio.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:** *Que debemos condenar y condenamos a Justiniano , como autor responsable de un delito de abuso sexual con la agravación específica de haberse cometido el hecho con prevalimiento de relación de superioridad, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a la pena de veinte meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a Sabina a menos de mil metros de su lugar de domicilio, trabajo, estudios o cualquiera otro que frecuente y de su persona durante un período de tres años y ocho meses, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por el mismo plazo. Se le condena asimismo al pago de las costas procesales causadas. Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta le será abonado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera aplicado en otras. Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días a partir de su notificación.*

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **Justiniano** , 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 el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Justiniano** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, por el cauce del art. 5.4 L .E. P.J . y 852 L.E.Cr ., al resultar lesionados entre otros, los arts. de la C.E. 24.1 y 24.2, 25, 9, 17.1 y 3º, y arts. 18.2 , 14, todos ellos en relación con los arts. 6, 1º, 2º y 3º del CEDH , y los arts. 14, 9, 8.1 , art. 11.1 de la declaración Universal de Derechos Humanos Civiles y Políticos, que tutelan los derechos a no ser abocado a la indefensión, a un proceso equitativo y con todas las garantías, a la presunción de inocencia, al derecho de defensa, a la seguridad jurídica y a la igualdad, y ello en relación con los arts. 297 , 701 y siguientes, de la L.E.Cr . y concordantes, así como el art. 11 de la L.O.P.J .; Segundo.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 28 y 181 y 191 del C. Penal . Se ampara el presente motivo a través del art. 849.1º L.E.Cr . Se ha aplicado indebidamente al recurrente el tipo delictivo del abuso sexual del art. 181, y además en la modalidad agravada del apartado 4º (art. 180.1º 4) vigente en el momento de los hechos; Tercero.- Por quebrantamiento de forma, por haberse denegado una diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por la defensa se considere pertinente. Se ampara en el art. 850.1º L.E.Cr .; Cuarto.- Por infracción de ley en base a error en la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Se ampara en el art. 849.2º L.E.Cr .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó todos sus motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo se celebró la votación prevenida el día 13 de febrero de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Después de una enumeración de principios jurídicos contenidos en Convenciones y Tratados suscritos por España, con sede en el art. 5.4 L.O.P.J . y 852 L.E.Cr ., denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E .), único aspecto que desarrolla en su argumentación.

1. Destaca la necesidad de que el Tribunal de casación controle -a falta de una segunda instancia- aspectos relativos a la prueba y su valoración, aunque sea en un segundo estadio, limitado a la corrección estructural del razonamiento que justifica la enervación del derecho. El Tribunal Supremo ha de comprobar la existencia de prueba de cargo, la licitud de su obtención, su práctica correcta en el juicio oral, su valoración racional por el Tribunal, para concluir que la prueba incriminatoria fue suficiente al objeto de fundamentar una sentencia de condena.

Descalifica el testimonio de la menor, al considerar el hecho como de abuso sexual ya que la menor no se resistió a la teórica agresión sexual del acusado, no fue a buscar ayuda en ninguno de sus parientes, ni presenta ningún impacto emocional por la agresión teóricamente sufrida. Analiza su testimonio desde los tres aspectos, recomendados por la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional:

a) Desde la ausencia de incredibilidad subjetiva, desmerece la garantía de veracidad por algunas circunstancias concretas, como la falta de espontaneidad de la denuncia, que se produjo a instancias o por consejo del



personal técnico del Colegio a donde asistía la menor; hostilidad frente a él de la madre de la menor y de su pareja sentimental, hermana de aquélla, al objeto de conseguir el propósito de que el acusado abandonara el domicilio. A ello debe añadirse que la menor estaba enamorada del acusado.

b) Desde la verosimilitud del testimonio incriminador, nos dice que la menor no rehúye la presunta agresión sexual, ni se escapa, ni revela a nadie el acto agresivo a pesar de tener todo a su favor, ni presenta secuelas de carácter psicológico. Además la menor había tenido experiencias sexuales en su país de origen.

c) Desde la persistencia de la incriminación, en un primer momento manifiesta haber sido penetrada por vía vaginal, pero en juicio se muestra muy insegura; en distintos momentos sumariales da a entender que había mantenido contactos sexuales con el acusado.

Por todo ello y ante la inseguridad del testimonio incriminador, no consistente, ni racional, ni lógico, ni continuado, lo procedente sería prescindir de él, quedando el proceso sin prueba de cargo, dictándose una sentencia absolutoria.

2. El Tribunal por contra dispuso de prueba de cargo suficiente para justificar el tenor de la sentencia. Se parte de la escasez de contenido probatorio, usual en delitos de esta naturaleza que no se cometen a la vista de otros. El Tribunal contó con:

a) El testimonio de la menor, que fue claro y contundente al objeto de convencer al Tribunal.

b) El testimonio aparece suficientemente corroborado por las declaraciones de la madre y de la tía de la menor, hermana suya, así como por el pediatra de guardia que atendió a la menor en el primer momento.

c) La fiabilidad del testimonio no se resquebraja incluso cuando admitió que no tenía seguridad absoluta de que se produjera la penetración, ya que tal aspecto quedó corroborado por la prueba pericial de la doctora Rafaela y por el doctor D. Jacobo , que expusieron en juicio la alta probabilidad de que se tratara de un abuso sexual sin penetración.

d) El testimonio sumarial del procesado, que aunque negó en juicio, ante la presencia del juez instructor y de su letrado manifestó que había mantenido relaciones sexuales con la víctima, añadiendo que no sabía si tenía o no 12 años y que fueron consentidas.

Con esos datos y especialmente por el testimonio de la menor, que los peritos excluyeron de cualquier fabulación o embuste, el Tribunal sentenciador dispuso de suficiente base probatoria para desvirtuar el derecho presuntivo.

3. Las alegaciones del acusado no pueden prosperar. Sobre ellas podemos apuntar:

1) En relación a la incredibilidad subjetiva. Es irrelevante que la denuncia se interpusiera por los consejos, ciertamente prudentes y razonables, de personal del Colegio. La hostilidad de la madre y la tía, resulta plenamente lógica, después de conocer los hechos. Lo que en modo alguno puede afirmarse, dada la ausencia de pruebas que previamente tuvieran intención de provocar el abandono de la casa por el acusado. Acerca del supuesto enamoramiento de la menor, pocas garantías ofrecen la espontaneidad de tales sentimientos, inducidos por la ascendencia y superioridad del acusado, unido a la inmadurez de la menor.

2) Respecto a la verosimilitud, nos dice que la menor no rehúye la presunta agresión, ni resulta afectada psicológicamente, lo que es claro dado que el hecho por el que se le condena no se produjo con violencia e intimidación de la que deba librarse, y dada su edad tampoco podía comprender la gravedad del suceso, ni atribuirle un sentido peyorativo, vista su falta de criterio.

3) En lo atinente a la persistencia de la incriminación nos habla de una cierta inseguridad en el aspecto de la penetración, circunstancia que se halla dentro de la lógica, si en el momento del juicio y dada la debilidad de los recuerdos no tiene la seguridad necesaria, posición refrendada por los dos peritos que justificaron que pudo no haber existido tal penetración. Sobre si se dio una o varias veces, nadie preguntó en juicio por este extremo, circunstancia que favoreció al acusado dejando inaplicada la continuidad delictiva, que venía impuesta por el principio acusatorio al no interesarla el M^o Fiscal, única parte acusadora.

Ante la inconsistencia de los alegatos del acusado para enervar la prueba de cargo, el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- Con sede procesal en el art. 849.1^o L.E.Cr . en el correlativo ordinal entiende infringidos los arts. 28 , 181 , 180.4^o y 191 C.P .

1. Entre las diversas razones jurídicas aducidas en el error iuris denunciado se hallan los siguientes:



- a) El apartado 4º del art. 181 no sería aplicable al no existir parentesco de consanguinidad o afinidad. El hecho que al acusado lo llamara la ofendida "tío", no implica que en rigor lo fuere, no pudiéndose aplicar el precepto por vía de una analógica probabilidad contraria al reo.
- b) No existió prueba del abuso sexual, pues la menor no mantuvo en sus declaraciones de forma persistente e igual la existencia de la agresión sexual y ninguna constancia pericial existe de que haya sufrido un impacto emocional posterior a la agresión.
- c) El art. 191 exige la denuncia previa de los hechos por las personas legitimadas, y no debe considerarse denuncia las manifestaciones de la madre. La omisión se considera ahora insubsanable.
- d) Existe desacuerdo por no estimar el error de prohibición tanto vencible como invencible acerca de la edad de la menor, en el que es razonablemente posible incardinar, dado el desarrollo físico de la misma. El acusado consideró que su edad era superior.
- e) El Tribunal no ha motivado suficientemente la pena conforme a las reglas de la individualización (arts. 66 y 72 C.P.). El error en su determinación provendría de la eliminación de la cualificativa de parentesco (180.1.4º C.P.), y por no hallarse acreditada la edad inferior a trece años (181.2º C.P.).

El tipo penal jurídicamente correcto sería el art. 183.1º, en que el abuso sexual se proyecta sobre persona entre 13 y 16 años interviniendo engaño, que en este caso consistiría en el deseo de mantener en secreto entre el imputado y la menor la relación amorosa.

Por todo ello se estimaría excesiva la pena de 20 meses de prisión.

2. Respecto al apartado a) del epígrafe anterior el recurrente considera erróneamente que la cualificación del art. 180.1.4, se aplicó por razón del parentesco, cuando ello no fue así. El precepto, amén de hacer referencia al parentesco por consanguinidad o afinidad también incluye el abuso de superioridad que se aplicó, a la vista de la diferencia de edad (40 años, frente a 12) y el *contexto de convivencia prácticamente familiar* en que se desarrollaron las relaciones personales diarias, lo que creaba una prevalencia o ascendiente del acusado sobre la niña.

Acerca de la falta de prueba sobre el abuso sexual con invocaciones de la inseguridad en la declaración de la menor o ausencia de impacto emocional en la misma, son cuestiones ya tratadas en el apartado de presunción de inocencia. Por eso el apartado b) debe darse por respondido en el motivo anterior.

Sobre la ausencia de la preceptiva denuncia exigida en el art. 191 C.P. (apartado c)), el Tribunal de instancia con buen criterio estima que la madre de la menor compareció ante la policía, poniendo en su conocimiento los hechos ocurridos, colaborando en la investigación policial, lo que se considera suficiente para cumplir con el requisito del art. 191, independientemente de que haya renunciado a las acciones civiles (principio de rogación) o no haya ejercitado la acusación particular.

En el apartado d) insiste, como lo hizo en la instancia, que sufrió un error de prohibición al creer que la menor había rebasado la edad de 12 años. El alegato es una cuestión de hecho dilucidada por la Audiencia, valorando las pruebas habidas. Así, el conocimiento de la edad se desprende del testimonio de la madre que afirmó que el acusado la conocía por la continua y permanente convivencia personal. Pero independientemente de ello y por aplicación del *principio de indiferencia*, si el acusado tenía duda de la edad, lo podía haber preguntado o mirado su pasaporte. La realización de los actos llevados a cabo no los condicionaba a la edad, ya que los había realizado igual fuera la edad superior o inferior a 13 años.

Para el Tribunal el hecho de advertir o conminar a la menor para que no dijera nada y silenciara el suceso es signo evidente de que algo ilícito había ejecutado. Finalmente y por razón del cauce procesal elegido, el recurrente se halla obligado al más absoluto respeto al relato fáctico (art. 884.3 L.E.Cr.) y en él se afirma tajantemente al hecho objetivo de que la menor tenía 12 años.

Por último en el apartado final (señalado en la letra e)) el acusado muestra su disconformidad con la individualización penológica por no haber tenido en cuenta la no concurrencia de la cualificativa del 180.4º y por no hallarse acreditado que la menor tuviera 13 años, ya que en este último caso el precepto aplicable sería el art. 183.1 C.P. La Audiencia en los fundamentos jurídicos 4º y 5º (folios 8, 9 y 10) ha analizado las circunstancias modificativas concurrentes, estimando una como muy cualificada, lo que nos conducía al art. 66.2 C.P., en que el criterio individualizador preferente es la entidad de las circunstancias nominadas concurrentes. En este sentido consideró que la pena razonable de 20 meses se imponía en atención a las circunstancias incluidas en la sentencia (factum y fundamentos) que afectan a la antijuridicidad y la culpabilidad, porque es indudable que las dilaciones indebidas cualificadas tienen su razón de ser en motivos constitucionales (art. 24 C.E.) y de política criminal, ya que la misma surge objetivamente sin la consideración material del hecho cometido o las circunstancias personales del autor (gravedad del hecho y culpabilidad del acusado).



La pretensión de aplicar el art. 183.1 C.P., es absolutamente improcedente, pues ni la víctima era mayor de 13 años, ni existió engaño del recurrente como medio de conseguir su propósito.

Por todo ello el motivo deberá rechazarse.

TERCERO.- Por quebrantamiento de forma en el tercer y último motivo (se renunció al 4º) estima que no se practicó una prueba pertinente, que se denegó indebidamente.

1. En este motivo el recurrente pretende corregir la supuesta indefensión provocada por la Audiencia. En efecto la defensa en su escrito de calificación provisional solicitó como prueba que por el médico forense se dictaminara, previo examen radiológico, la edad aproximada actual de la menor; prueba que fue denegada por auto de 26-1-2012, porque la edad de la víctima estaba acreditada por documento oficial; la petición fue reproducida en el juicio oral, siendo de nuevo denegada, formulándose protesta por la defensa del recurrente.

2. Como tiene declarado reiteradamente la Sala, la admisión de pruebas o rechazo de las mismas se ha de producir atendiendo (amén de a criterios formales) a dos circunstancias esenciales: la pertinencia y la relevancia. Por la primera se exige que la prueba propuesta tenga relación directa con el objeto procesal. La relevancia implica la capacidad de incidir en el fallo o resolución final, lo que obligaría a excluir las pruebas inútiles o anodinas.

La pertinencia se daba en nuestro caso, pero en orden a la relevancia la Audiencia de origen estimó con buen criterio que la prueba no era capaz de aportar dato alguno con influencia en el fallo de la sentencia.

Como bien apunta el Fiscal, en la combatida se explica que la defensa puso en duda los datos registrales procedentes de Bolivia, país del que es originaria la víctima, pero la fecha de nacimiento consta en el pasaporte de la misma y no existe motivo alguno para poner en duda la certeza del dato, que ha desplegado efectos en nuestro país, siendo ejemplo de ello el que la menor esté cursando el curso escolar correspondiente a su edad. Añade el Tribunal que el hecho de que le faltaran dos meses para cumplir la edad mínima que el legislador español ha fijado para otorgar valor al consentimiento a la hora de mantener relaciones sexuales, o que su desarrollo fisiológico y de aspecto como mujer fuera avanzado, puede ser tenido en cuenta para la determinación de la pena, pero en ningún caso afecta al elemento del tipo delictivo.

En este caso, aunque se cumplen los requisitos de pertinencia y de correcta proposición en el escrito de calificación provisional, sin embargo, la prueba es irrelevante, tanto porque existe un documento legítimo que documenta la edad de la menor, como porque la prueba pericial no establecería la edad exacta de la menor, sino una edad aproximada sujeta a un cierto margen de error.

Por todo ello el motivo ha de claudicar.

CUARTO.- La desestimación de todos los motivos hace que las costas le sean impuestas al recurrente, de conformidad al art. 901 L.ECr.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Justiniano** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de fecha 28 de marzo de 2012, en causa seguida contra el mismo por delito de abuso sexual. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia 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 Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Larcía Antonio del Moral García

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Ramón Soriano Soriano, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.