



Roj: **STS 4870/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4870**

Id Cendoj: **28079120012014100773**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2014**

Nº de Recurso: **803/2014**

Nº de Resolución: **699/2014**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Cádiz, Sección 1ª, 07-02-2014,
STS 4870/2014**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Octubre de dos mil catorce.

En los recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL** y **Claudio**, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de abuso sexual, 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 recurrente representado por el Procurador Sr. González Sánchez. Siendo parte recurrida Marina, representada por la Procuradora Sra. Lombardía del Pozo.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Mixto nº Dos de DIRECCION005 (Cádiz) instruyó Sumario con el nº 14/2012, contra Claudio. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Primera) que, con fecha siete de febrero de dos mil catorce, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< ÚNICO.- Claudio, condenado a pena de multa en sentencia de once de noviembre de 1999 por un delito de exhibicionismo y provocación sexual, así como por sentencia firme de diecisiete de octubre de 2005 por dos delitos de exhibicionismo, estuvo casado con Dª Marina, hasta que se disolvió el matrimonio por sentencia de divorcio de veintiuno de diciembre de 2009, teniendo fruto de dicho matrimonio un hijo en común, Modesto, nacido el NUM000 de 2003.

El día seis de mayo de 2008, aprovechando el ejercicio de una visita fijado en las medidas provisionales del procedimiento de divorcio antes indicado, Claudio condujo al menor, en la que contaba con cuatro años de edad, al cuarto de baño de su domicilio, introduciendo con ánimo lúbrico el pene del menor en su boca practicándole una felación.

A resultas de dicho suceso el menor sufrió una afectación que se manifestaba en dificultades de conciliación y mantenimiento del sueño, despertares nocturnos, pesadillas y acceso de llanto y miedo, irritabilidad y agresividad, conductas sexualizadas, rechazo a ser bañado y tocarle los genitales, prenuresis nocturna habitual, y un total rechazo a relacionarse con el padre y su entorno, sintomatología cuya evolución tras cesar las visitas con su padre ha sido favorable>>.

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

<<FALLO.- Que debemos condenar y condenamos a Claudio como autor responsable del delito de abuso sexual ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de DOS AÑOS Y CINCO



MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad por tiempo de seis años, prohibición de residir en DIRECCION005, aproximarse a menos de 200 metros de Modesto, acudir a su domicilio o lugares frecuentados por aquél o comunicar con el mismo por cualquier medio durante el tiempo de cinco años una vez cumplida la pena de prisión.

Claudio, deberá indemnizar a Modesto, en la persona de su madre en la suma de 12.000 euros, imponiéndole el pago de las costas del proceso, incluidas las devengadas por la Acusación Particular.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que:

*La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN**, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 LECriminal >>.*

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

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Único.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida del art. 182.1.2 (abuso sexual con acceso carnal por vía bucal) y aplicación indebida de los arts. 181.1.2 y 180.1 4ª (abuso sexual con prevalimiento) CP.

Motivos aducidos en nombre de Claudio.

Motivo primero.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, 852 LECrim y 24.2 (presunción de inocencia) CE. **Motivo segundo.**- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ, 852 LECrim y 24.2 (presunción de inocencia) CE. **Motivo tercero.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida de los arts. 21.6 y 66.1.2 (dilaciones indebidas) CP. **Motivo cuarto.**- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, 852 LECrim y 24.2 (proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas) CE. **Motivo quinto.**- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, 852 LECrim y 24.1 (tutela judicial efectiva y falta de motivación) CE. **Motivo sexto.**- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, 852 LECrim y 24.1 (tutela judicial efectiva y falta de motivación) CE.

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **impugnando todos los motivos del recurso**; por su parte la defensa impugnó el recurso del Ministerio Fiscal. Se dió igualmente traslado a la acusación particular personada. La Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso del Ministerio Fiscal ha de prosperar.

Buscando cobijo en el art. 849.1º *-error iuris-* reclama la incardinación de los hechos en el art. 182 CP (hablamos siempre del texto anterior a la reforma de 2010), es decir abuso sexual materializado en **acceso carnal**.

La sencillez con que se enuncia el problema -si hay acceso no solo cuando el sujeto activo del delito *accede*, sino también cuando obliga al sujeto pasivo a *acceder*-; es inversa a la intrínseca dificultad de alcanzar una solución que concite consenso. Lo demuestran las diversas posiciones mantenidas doctrinalmente; el examen de los argumentos blandidos en uno u otro sentido, basados no solo en la literalidad del texto legal sino también en razones de proporcionalidad; y las posturas enfrentadas que han convivido también en el seno de esta Sala Segunda-

Del debate entre las tesis contrapuestas y el intercambio de argumentos, alumbró este Tribunal una toma de posición que cristalizó en el **acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 2005**. A él que hay que estar. No deja márgenes para otra interpretación: hay acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo ("sujeto pasivo" del delito, pero no de la "relación" ni del "acceso" en los que ostenta el papel de "sujeto activo") a introducirle alguno de sus miembros corporales por vía vaginal o anal. *Es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder*. Ese



criterio, aprobado al amparo del art. 264 LOPJ, tuvo reflejo en diversas resoluciones jurisdiccionales que han conformado una línea jurisprudencial a la que hay que atenerse. En ellas afloraban también con el formato de voto discrepante las opiniones discordantes a las que se aferra el recurrido como única vía idónea para escapar a la contundencia del recurso del Fiscal: provocar un cambio en la doctrina jurisprudencial utilizando como palanca esos votos particulares. Sin perjuicio de reconocerse la solidez de los argumentos que fundaban esa otra exégesis más restrictiva, no se encuentran razones para una mutación en lo que es la interpretación oficial y consolidada de esta Sala Segunda.

Bastará, por tanto, con hacernos eco de alguna de las sentencias donde se recogió ese criterio para que quede justificado el acogimiento de la impugnación del Ministerio Fiscal que busca apoyo precisamente en esos precedentes: cita las SSTs 472/2006, de 2 de mayo y 575/2010, de 10 de mayo.

En sintonía con esos pronunciamientos leemos en la STS 1295/2006, de 13 de diciembre:

"En el motivo cuarto denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Sostiene que se ha realizado una interpretación extensiva del concepto de acceso carnal del artículo 179 del Código Penal . Mantiene que no ha existido "acceso carnal por vía bucal". Sostiene que la idea que preside el delito de violación y concretamente la expresión acceso carnal es la introducción del miembro viril por alguna de las cavidades penalmente protegidas (vagina, ano y boca). Cualquier interpretación contraria, de la que discrepa, estima que se trata de una extensión analógica en perjuicio del acusado que no es admisible por el derecho penal..."

...Cuando se trata de personas mayores de edad, el bien jurídico protegido en los delitos de agresiones sexuales es la libertad sexual. No existe ninguna razón para actuar penalmente de diferente forma según el titular del derecho, sujeto pasivo de la acción delictiva, sea hombre o mujer. Tampoco en atención al sexo del sujeto activo. Serán las circunstancias que diferencian unas y otras clases de agresiones las que pudieran justificar una reacción punitiva mayor o menor, sancionando más gravemente las agresiones de mayor contenido lesivo para el bien jurídico. Pero el bien jurídico se protege de la misma forma con independencia del sexo del sujeto. El artículo 179 incrementa la pena prevista en el artículo 178 para las agresiones sexuales (con violencia o intimidación), cuando la agresión "consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal". El acceso carnal se ha identificado originariamente con la cópula, esto es, con la introducción del miembro viril en la cavidad vaginal. Hasta la reforma de 1989, el Código Penal derogado consideraba la violación como el acto de yacer con una mujer una vez excluido su consentimiento, en alguna de las formas típicas (menor de 12 años, privada de razón o de sentido y con violencia o intimidación). En la referida reforma, el concepto penal del acceso carnal se amplió, al definir el delito de violación como el cometido por aquel que "tuviera acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal", sancionando así algunas conductas en las que el sujeto pasivo podía ser un varón, si bien permanecía la exigencia implícita de que lo introducido debería ser en todo caso el miembro viril para que la conducta pudiera ser considerada como acceso carnal.

El Código Penal vigente, en su redacción originaria, sin utilizar la palabra "violación", agravaba las agresiones sexuales del artículo 178 (atentados a la libertad sexual con violencia o intimidación), cuando consistieran en "acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal", con lo que volvía al concepto inicial de acceso carnal al distinguir entre éste y otras penetraciones, también referidas al miembro viril, pero efectuadas por otras vías distintas de la vaginal.

La reforma efectuada por la Ley Orgánica 11/1999 volvió a la situación anterior, pues nuevamente redacta la conducta agravada estableciendo que se apreciará cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, equiparando a esta conducta la introducción de objetos por las dos primeras vías. Finalmente, la redacción actual procede de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, que mantiene la redacción anterior, si bien introduce nuevamente el vocablo "violación" y añade como conducta equiparada la introducción de miembros corporales por cualquiera de las dos primeras vías.

Por lo tanto, el concepto penal de acceso carnal en la actualidad comprende no solo la cópula, como introducción del miembro viril en la vagina, sino también la introducción de aquél en las cavidades anal o bucal.

Para el DRAE, acceso es equiparable a coito, y éste es definido como cópula sexual. Es claro que tales conceptos son aplicables tanto al varón como a la hembra, debiendo entenderse que en casos de cópula, o de introducción del miembro viril en las cavidades ya mencionadas, ambos participantes tienen acceso carnal. Concepto que, de otro lado, coincide con el socialmente aceptado de modo general.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la equiparación del acceso carnal violento con otras conductas se justifica en la similar potencialidad lesiva para el bien jurídico protegido.

Así entendido el precepto, se plantea doctrinalmente la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito cuando la acción consiste en penetración del miembro viril. En la redacción del Código Penal anterior a 1989 tal



cosa no era posible, pues el delito se cometía yaciendo con mujer y por yacer se entendía la introducción del pene en la vagina, con las precisiones jurisprudenciales que no es preciso recordar aquí.

Como ya hemos dicho, no existe ninguna razón para que la protección del bien jurídico sea distinta en función del sexo del sujeto activo o del pasivo. Tampoco la conducta pierde significado o potencialidad lesiva para el bien jurídico si afecta a la libertad sexual en forma semejante, pudiendo tenerse en cuenta en este sentido la entidad y características de las conductas equiparadas.

La cuestión, pues, se centra en determinar si el texto del artículo permite esa interpretación que equipara las agresiones.

En este sentido, teniendo en cuenta la ampliación del concepto efectuada legalmente, nada impide entender que, al igual que el coito o la cópula sexual es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del artículo 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar. Lo definitivo en estos casos sería la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o la aprovecha.

Esta Sala llegó a esta conclusión tras el Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005, en el que acordó que a estos efectos "es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder", acuerdo que ya ha sido aplicado en algunas sentencias como la STS nº 472/2006, de 2 de mayo, en la que se dice lo siguiente: "La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre "acceso carnal" y "penetración bucal o anal", por lo que se entendía que si el sujeto activo "se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del art. 178 ó 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo "el que penetraba". Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO. 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal", lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo."

La sentencia parcialmente transcrita venía acompañada de un voto particular desarrollando con elegante literatura y argumentos de fuste la tesis contraria, que, sin embargo, no recabó el respaldo de la mayoría.

No podemos sino dar la razón al Ministerio Público declarando no ajustada a la ley penal en la forma en que ha sido interpretada por esta Sala Segunda la solución ofrecida por los Jueces a *quibus*.

Ello comporta la casación de la sentencia en este particular dictando segunda sentencia con arreglo a la calificación postulada por el Ministerio Público.

SEGUNDO.- Interpone también recurso de casación el condenado articulando seis motivos. El primero de ellos cuestiona la validez de la principal prueba de cargo: las declaraciones de la víctima, el menor Modesto, hijo del acusado. En el momento de los hechos contaba con cuatro años de edad. En el momento del juicio, once. Su testimonio sería invaluable según el recurrente por cuanto no fue advertido de la facultad que brinda el art. 416 LECrim a los testigos para excusarse del deber de declarar contra determinados parientes entre los que se cuentan los ascendientes, en este caso su padre. La jurisprudencia ha declarado que la omisión de esa advertencia al testigo amparado por la dispensa impide valorar sus declaraciones. Si prescindimos de ellas - argumenta el recurrente- el resto del material probatorio (testimonios de referencia) carecería de fuerza suficiente para desmontar por sí solo la presunción constitucional de inocencia.

El motivo se desestima.

Varios órdenes de razones confluyen para llegar a esa conclusión.

En primer lugar conviene proclamar como punto de partida que la previsión del art. 416 LECrim es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de éste, sino de aquél. No se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de *boomerang* que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado.

Late esa idea detrás del razonamiento que llevó a la STC 94/2010, de 15 de noviembre a otorgar el amparo reclamado por la víctima de un delito atribuido a su cónyuge "... es distinta la valoración que ha de merecer la decisión de la Audiencia Provincial en relación con la prueba testifical de la recurrente en amparo. Aunque el Juez



de lo Penal tampoco informó expresamente a ésta, víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente entenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del art. 416 LECrim . En efecto, siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim , lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas. Como el Ministerio Fiscal afirma, **difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim .**

A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el ius ut procedatur del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad".

Aquí el menor, dada su baja edad, no podía acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo: un niño, ni con cuatro ni con siete (folio 206), ni con ocho (folio 289), ni con once años (acto del juicio oral), goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella.

No hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador. Los arts. 162.1 Código Civil y 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento.

Esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas) (i); ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad (ii); y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿doce años?: algunas normas toman ese momento como referente significativo: vid, por todos, art. 770 LEC) (iii).

No ostentando capacidad para determinar en ese punto la **propia** conducta, en principio habrá de confiarse a los representantes legales (argumento ex art. 162 Código Civil) la decisión sobre si el menor debe declarar o no en los supuestos prevenidos en el art. 416 LECrim, aunque no lo especifique así claramente la Ley Procesal Penal a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (v.gr., el británico). Cuando se aprecia un conflicto de intereses con uno de los progenitores (es patente que estamos ante uno de esos casos), será el otro progenitor el llamado a adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor (art. 163 del Código Civil).

A través de este camino aparece la solución desestimatoria: la madre estaba personada como acusación particular en representación de su hijo. Es obvio que no consideró procedente, ni prudente, ni conveniente para el menor sustraerlo a esa declaración. En todo caso sería ella la que debería haber sido advertida (lo que en este caso era innecesario: no solo era testigo suyo, sino que también materialmente era parte como acusación particular: recordemos la citada STC 94/2010 y el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda de 24 de abril de 2013 que excluye del ámbito del art. 416 LECrim los supuestos en que el testigo está personado como acusación en el proceso).

Ha de rechazarse enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al "encarcelamiento" de un pariente cercano; aquí, su propio padre. Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses



enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades, no puede situarse de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización. No se priva al menor de esa facultad; serán sus representantes legales en la forma prevista en la legislación civil los llamados a decidir sobre su ejercicio.

No sobra recrear con algunos matices más esta idea.

En términos generales puede decirse que el menor es un testigo; pero es un testigo singular. Lo demuestra, entre otras peculiaridades, la admisibilidad de pruebas periciales sobre su testimonio, periciales en principio difícilmente concebibles cuando estamos ante testigos adultos sin características especiales (valorar la credibilidad de los testigos ordinarios es contenido de la función judicial que no puede ser delegada en psicólogos o en agentes no jurisdiccionales disfrazando esa labor de prueba pericial). Esas singularidades llevan al legislador a modular en algunos pasajes su vocabulario: se habla de *exploración* en lugar de *declaración* (vid. art. 770 LEC). También por eso la Ley Procesal Civil excluye como testigos a los menores de catorce años *salvo que posean el discernimiento necesario* (art. 361). Y, por supuesto, no se exige juramento o promesa a los testigos menores de edad penal (arts. 365 LEC y 433 LECrim). Cuando estamos ante menores de edades tan bajas (cuatro, siete, ocho u once años), no puede hablarse en rigor de una *obligación jurídica que se le imponga* que es de lo que dispensa el art. 416 LECrim.

En definitiva no ha menoscabado derecho alguno del recurrente la valoración de los testimonios del menor víctima (primero en la fase de instrucción; luego en el plenario). No era procedente efectuar al menor ni en uno ni en otro momento la advertencia que contempla el art. 416 LECrim por carecer de la madurez que se exige para decidir de forma personal y responsable cómo afrontar ese conflicto. La decisión había de ser tomada en todo caso, y lo fue aquí de forma inequívoca, por su representante legal: su madre, progenitora con la que no concurrían intereses contrapuestos.

TERCERO.- En el segundo motivo de su recurso se reivindica otra vez el derecho a la **presunción de inocencia**, pero ahora, tratando de desacreditar la **credibilidad** del menor.

Ya en una primera aproximación ese planteamiento aparece como poco armónico con las coordenadas por las que discurren las posibilidades de fiscalización en casación de la valoración de la prueba personal a través de la presunción de inocencia. No son nulas esas posibilidades, desde luego. No faltan precedentes en que contándose con prueba de cargo personal incriminatoria se ha anulado en casación una sentencia condenatoria por no ser concluyente la prueba, o por presentar fisuras de entidad, o por haber exteriorizado el Tribunal de instancia un razonamiento no totalmente cohonestable con la lógica...

Pero aquí, más allá de que algunas de las manifestaciones del menor no hayan sido atendidas negándoles fiabilidad, no cabe duda de que la prueba de cargo que la Sala de instancia aduce tiene un peso que no se tambalea por las objeciones que opone el recurrente. El menor narró el suceso espontáneamente en los primeros momentos. Luego insistirá en la misma versión. El episodio ha determinado un impacto visible y objetivado en su desarrollo psíquico, con desajustes congruentes con lo denunciado. La madre no es persona que se hubiese mostrado propensa a la animadversión o beligerancia con el acusado... En fin, estamos ante una valoración racional y convincente de una prueba inequívocamente incriminatoria. De la mano de la presunción de inocencia no podemos ir más lejos de esa constatación. La forma en que el tribunal de instancia refleja su convicción representa la más elocuente y convincente impugnación del motivo del recurso:

"La Sala, tras escuchar a cuantos han depuesto en el plenario, no alberga la mínima duda acerca de la realidad de lo sucedido, y en concreto de que el día seis de mayo, único en el que ha quedado acreditado que existió el ejercicio de un derecho de visita, el acusado y padre de la víctima, tan pronto se descuidó su hermano, quien estaba encargado por parte del Juzgado de velar por el ejercicio del derecho de visitas habida cuenta los antecedentes libidinosos del procesado, se dirigió con su hijo al cuarto de baño practicándole como hemos dicho una felación.

Amen de la negativa del padre amparado en su derecho constitucional a faltar a la verdad, así como del testimonio de su hermano, cuya versión lógicamente es más que interesada, entre otras razones porque faltó al cumplimiento de una importante obligación que le había sido encomendada judicialmente, todas las pruebas conducen al resultado afirmativo. Los testimonios de la madre, abuelo y abuela del menor, son constantes, no presentan la mas mínima fisura, y coinciden en todos los puntos esenciales, a saber, la extraña forma en la que el menor se comportó tan pronto regresó del ejercicio de la visita y tuvo conocimiento de que se iba a volver a repetir porque tocaba que se ejerciera por segunda vez, en el sentido de llegar a ocultarse tras un mueble de televisor, negándose a salir afirmando que su padre le pegaba y le chupaba la picha, constituyen unos elementos corroboradores de lo sucedido de extrema importancia. Estos datos periféricos, han de valorarse en unión a la declaración del propio menor, quien siempre ha manifestado lo mismo, y que en su exploración llevada a cabo



ante este Tribunal mediante videoconferencia, fue tajante y rotundo a pesar de su escasa "edad y del tiempo transcurrido, sin que en ningún momento se pudiera observar la mas mínima duda o fisura en su exposición.

Se ha insistido hasta la saciedad, en la posibilidad de que el menor declarara de forma sugestiva, obviamente según la tesis de la defensa, a instancias de la madre, quien mediante semejante ardid, evitaría definitivamente cualquier tipo de contacto entre el menor y su padre. Vaya por delante que atribuir semejante artimaña es sin duda un argumento atrevido y falto de respeto. Pero es que además no existen en nuestro caso atisbo de indicio que nos pueda hacer presumir algo semejante. La madre ha manifestado siempre que a pesar de lo mucho que le hizo sufrir su marido mientras convivieron, y entre otras cosas obligándola a llevar a cabo todo tipo de actos sexuales límites en contra de su voluntad, nunca ha tenido el más mínimo ánimo de venganza, intención que comparten los abuelos del menor. Cuantos técnicos han explorado al menor, y que fueron objeto de una exhaustiva contradicción por todas las partes del proceso, han indicado hasta la saciedad, que la declaración del menor es creíble y absolutamente espontánea, sin que se aprecie ningún signo de poder estar orientado por parte de su madre, o lo que es lo mismo, que haya sido objeto de ninguna clase de coacción o ni tan siquiera sugestión".

Tan modélica motivación fáctica supone un inexpugnable blindaje frente a un alegato por presunción de inocencia como el articulado por el recurrente. Constituye clara expresión de que existió prueba de cargo, que resultaba convincente y suficiente y, que fue valorada de forma exquisita por la Sala que, tras sopesar todos los factores, edificó su certeza sobre bases firmes y sólidas.

CUARTO.- El tercero de los motivos lucha por la **calificación** de la atenuante de **dilaciones indebidas**. Ha sido apreciada en la sentencia, pero solo en su versión ordinaria o simple.

Opone el Fiscal a tal pretensión en primer lugar la ausencia de **gravamen**. En sus conclusiones el recurrente habría pedido la atenuante simple; eso es justamente lo que ha apreciado la Audiencia.

No es atendible la objeción: las conclusiones de la defensa eran absolutorias. Solo subsidiariamente se impetraba para el caso de condena la atenuante de dilaciones indebidas, pero sin especificarse más. No podemos ahora acogernos a esa imprecisión o carácter genérico de la invocación para hurtar la posibilidad de discutir sobre esta cuestión, posibilidad que no regatearíamos a quien se hubiese limitado a formular unas conclusiones absolutorias según venimos aceptando habitualmente modulando la doctrina de la cuestión nueva para casos como éste. Hay que entrar, así pues, al fondo del tema planteado.

La causa se inició en mayo de 2008. La sentencia llega en febrero de 2014. Entre la imputación y la decisión definitiva (sentencia de casación) mediarán seis años y medio. Como expresa el recurrente y acepta la Sala estamos ante hechos de investigación bien simple.

De "lamentable" califica el Tribunal de instancia la lenta secuencia procesal provocada por errores procedimentales y carencias evidentes. "Injustificable" es otro de los adjetivos elegido por los Magistrados.

La atenuante de dilaciones indebidas durante años se refugió en la analogía del art. 21.6º. A partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación penal expresa. El actual número 6 del artículo 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal contempla como tal la *dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 razonaba la conveniencia de otorgar carta de naturaleza a la nueva atenuante en la necesidad de dar cobertura normativa a una práctica judicial. La génesis de la atenuante es jurisprudencial. Sus perfiles han ido modificándose a impulsos de los pronunciamientos de esta Sala Segunda. Los requisitos legales actuales en líneas generales se ajustan a lo establecido por esa jurisprudencia que la exposición de motivos de la reforma proclamaba querer respetar. Las exigencias del nuevo art. 21.6 estaban presentes en la doctrina jurisprudencial. El precepto exige unos retrasos **extraordinarios y no proporcionados con la complejidad de la causa**.

A tenor de la literalidad del precepto, la atenuante exige como requisitos **a)** que tenga lugar una dilación extraordinaria es decir por encima de lo habitual; **b)** que sea "indebida" en el sentido de no justificable; **c)** que acaezca durante la tramitación del procedimiento; **d)** que la demora no sea atribuible al imputado; y **e)** que la complejidad del litigio no explique los retrasos.

El tiempo de duración del proceso, por sí mismo nada enjundioso, ha sido excesivo. Que la causa de esa rémora radique en deficiencias estructurales de la Administración de Justicia y no sea reprochable a personas concretas, no disipa el perjuicio sufrido por esos retrasos. Objetivamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha padecido y ha padecido mucho. No es un problema de buscar culpabilidades o responsabilidades, sino de constatar tanto esa afectación, como que quien invocó el derecho no ha contribuido a ella.



Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sea extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que las dilaciones sean desmesuradas. Con todo el componente valorativo que encierra ese juicio y que no puede erradicarse de esta materia, puede realizarse tal diagnóstico en relación al presente asunto: seis años sometido a un proceso de estas características es demasiado tiempo. La investigación era sencilla. La tardanza en obtenerse sentencia dista mucho no ya de los parámetros deseables, sino también de los habituales u ordinarios. La parsimonia con que se ha tramitado la causa llama la atención.

Para graduar la intensidad de la atenuante se puede conjugar tanto el examen del total de duración del proceso, como la pluralidad de periodos de paralización o ralentización. Del análisis de las actuaciones, se desprende no tanto que se hayan producido momentos relevantes y extensos de inactividad procesal o paralizaciones absolutas; cuanto que ha existido una persistente lentitud y premiosidad con tiempos muy espaciosos e intervalos injustificables entre cada diligencia. No ha sido la complejidad objetiva de la investigación la causa de esos retrasos. El periodo total invertido en el enjuiciamiento ha sido desmesurado por ralentizaciones casi permanentes muy relevantes. La equivocada elección del cauce procesal también produjo retrasos.

Concurren suficientes razones para otorgar a la atenuante una eficacia superior a la ordinaria.

Se pueden citar precedentes de apreciación de la atenuante cualificada en supuestos en que se analizan retrasos de similar entidad que los aquí señalados (SSTS 557/2001, de 4 de abril; 742/2003, de 22 de mayo; 1656/2003, de 9 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 993/2010, de 12 de noviembre, 1108/2011, de 18 de octubre; 440/2012, de 25 de mayo ó 478/2014, de 16 de junio).

Hubiera sido deseable que el recurrente precisase con mayor detalle la secuencia procesal. Así se viene exigiendo. Pero es tan significativa la duración total en contraste con la aparente simplicidad del procedimiento que queda justificado que nos asomemos a sus concretas vicisitudes (art. 899 LECrim) para confirmar lo que en una primera apariencia se revela como más probable: que en efecto no hay explicación alguna para esa cronología. Sin dispensar de esa carga procesal - identificar momentos de inactividad procesal- con carácter generalizado sí puede modularse en el sentido de que cuando la mera constancia de las fechas de inicio de la causa y sentencia revelan un distanciamiento de ese calibre y se trata de un procedimiento en apariencia sencillo, concurre ya una base clara que permitirá adentrarse en el examen de las actuaciones (art. 899 LECrim) para confirmar que concurren todos los elementos de la atenuante.

Ha dicho esta Sala que en ocasiones no es indispensable que la secuencia procesal quede recogida en los hechos probados de la sentencia para la apreciación y valoración de esta atenuante. La STS 327/2013, de 4 de marzo, precisaba que aunque el art. 849.1º, exige partir del *factum* (art. 884.3º LECrim) tratándose de hechos intraprocesales, que pueden verificarse directamente con la consulta de los autos (art. 899 LECrim) es admisible esa constatación directa. Cuando la secuencia factual presupuesto del posterior juicio jurídico se extrae inmediatamente de las actuaciones procesales con un examen aséptico, sería contrario a la lógica y rechazar la petición por no tener reflejo en los hechos probados. Los tiempos invertidos en las diligencias a los efectos de la atenuante de dilaciones indebidas son un ejemplo de esta regla. Aun sin recogerse en el *factum* referencia alguna a las incidencias en la tramitación, esta Sala no ha vacilado a la hora de casar una sentencia para apreciar la atenuante, reclamada muchas veces a través exclusivamente del art. 849.1º LECrim (es insólito que aparezcan motivos por *error factic* complementarios de la petición de dilaciones indebidas). La posibilidad de analizar en casación errores jurídicos sobre la base fáctica obtenida del examen directo de la causa - art. 899 LECrim- no se ciñe a este supuesto: la confesión realizada por el autor (en cuanto puede ser la base de una atenuante); el pago a través del juzgado de las responsabilidades civiles (atenuante de reparación); muchos elementos factuales relacionados con la prescripción extraprocesal o intraprocesal (cronología y contenido de algunas diligencias, fecha de incoación de la causa...). La premisa general de necesario respeto a los hechos probados, que responde a la necesidad de acatar la valoración de la prueba realizada con intermediación por el tribunal de instancia, cede cuando los elementos fácticos determinantes de una subsunción jurídica discrepante vienen representados por incidencias procesales directamente verificables sin mediación alguna. No hay necesidad de interposición de juicio valorativo alguno: el dato objetivo y neutro se extrae sin más y sin espacio para la divergencia del examen de la causa. Cuestión diferente será la valoración jurídica, operación **propia** de la fiscalización propiciada por el art. 849.1º. En esos supuestos ni siquiera ha de considerarse indispensable formalizar con sentido instrumental o vicario un motivo autónomo amparado en el art. 849.2º para introducir esa secuencia procesal en el *factum*. Puede ser suficiente el art. 849.1.

El total invertido en la tramitación de la causa puede calificarse de desmesurado y suficiente para cualificar la atenuación. El examen de la causa permite comprobar que tras esas dilaciones no existen razones justificadoras.



El motivo cuarto reproduce el anterior aunque desde la perspectiva del derecho constitucional. No es adecuado el enfoque: la no apreciación de una atenuante legal es un problema de subsunción jurídica (art. 849.1º). El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se viola por el mismo proceso, no por la sentencia que no aprecia la atenuante y que es lo que se fiscaliza en casación. Lo mismo que el derecho a la vida no se lesiona -al menos directamente- por la sentencia que absuelve por homicidio.

El motivo ha de estimarse lo que tendrá un reflejo en la segunda sentencia que debe dictarse.

QUINTO.- El derecho a la tutela judicial efectiva es la plataforma desde la que el recurrente recrimina a la sentencia déficit motivador en la fijación de algunas **penas accesorias**.

Centra la queja en la **pena de prohibición de residir** en DIRECCION005 que reputa desproporcionada. Supondría una suerte de "extrañamiento" que expulsaría al penado de su entorno obligándole a romper sus vínculos sociales y de otro orden.

La sentencia sí explica por qué acoge esa penalidad reclamada por Fiscal y acusación: se basa en la peligrosidad del recurrente exteriorizada en condenas previas por exhibicionismo.

No es esa, sin embargo, motivación congruente con la medida impuesta. Si se justificase la peligrosidad en relación a la víctima concreta y la conveniencia de alejarlo de la población donde reside el menor, estaríamos ante una motivación racional.

Pero no es coherente argumentar desde la peligrosidad en abstracto, es decir no en relación a la víctima en particular sino en general respecto de un conjunto de personas. Si ese es el argumento, la medida es inútil por ineficaz: no disminuye esa peligrosidad genérica e indiscriminada; sencillamente la desplaza, la cambia de lugar. Supone por ello un castigo innecesario. La peligrosidad en relación a la víctima concreta ya es atajada mediante las penas de alejamiento y prohibición de comunicación (contenido previsto también en el Código Penal). La prohibición de residencia exigiría que se hubiese razonado la conveniencia desde esa óptica victimológica concreta y no genérica. Si contamos con la adopción de esa otra medida específica y pensamos en que la población concreta cuenta con densidad demográfica suficiente como para que no pueda considerarse dificultoso el cumplimiento de la pena de alejamiento, la medida adicional de prohibición de residir no aporta más que un componente aflictivo superfluo. Ha de ser suprimida por carecer de una justificación específica suficiente.

Procede la estimación parcial del motivo.

SEXTO.- Con igual formato casacional (tutela judicial efectiva) protesta, por fin, el recurrente por la cuantía de la indemnización. La lectura de la sentencia, en su opinión, no permite conocer las razones que han llevado a establecer el monto indemnizatorio lo que acarrearía la consiguiente indefensión al impedir combatir ese punto en vía de recurso.

Tampoco en este particular puede ser estimado el recurso.

La sentencia en sus hechos probados refiere que a raíz de los sucesos de que fue víctima el menor sufrió *"una afectación que se manifestaba en dificultades de conciliación y mantenimiento del sueño, despertares nocturnos, pesadillas y acceso de llanto y miedo, irritabilidad y agresividad, conductas sexualizadas, rechazo a ser bañado y tocarle los genitales, preuresis nocturna habitual, y un total rechazo a relacionarse con el padre y su entorno, sintomatología cuya evolución tras cesar las visitas con su padre ha sido favorable"*.

Al enfrentarse a la tarea de cuantificar una indemnización por daños morales que, por cierto, viene impuesta no solo por el genérico art. 113 CP, sino también de forma específica para estas infracciones por el art. 193 CP, la sentencia considera adecuada la cantidad de 12.000 euros que reclamaba la acusación pública.

El fundamento jurídico segundo de la sentencia justifica esa indemnización de forma simple pero rotunda. No puede exigirse más a la vista de lo descrito en los hechos probados.

No pueden reclamarse en esta materia ecuaciones exactas. Es tan notorio que mantener ese contacto sexual impuesto a un hijo de corta edad le ocasiona un muy negativo impacto psíquico que verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como insultar la sensibilidad del destinatario de la sentencia. Esas consecuencias negativas, además, son resaltadas en el *factum*. Resulta innecesario detenerse a explicar por qué ese tipo de hechos ocasionan perjuicios morales en una persona y por qué es ineludible cuantificarlos en una cifra que sea algo más que un símbolo. La traducción pecuniaria de esos perjuicios no es fácil y ha de guiarse por valoraciones estimativas en las que no pueden introducirse absurdos criterios aritméticos. La STS 1534/1998 de 11 de diciembre, ante una alegación similar, expresaba lo que, por otra parte, es obvio: *"El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del mismo en dinero"*



es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos". El art. 193 CP presupone la existencia de esos perjuicios en este tipo de delitos. Su cuantificación no es posible más allá de unas referencias genéricas a cuyo fin son más que suficientes las vertidas en la sentencia. Tratar de razonar que la cantidad debiera haber sido mayor o menor es tarea inútil y condenada al fracaso. Seguramente todo monto pecuniario será escaso, pero apareciendo como ponderada y ajustada a los márgenes habituales la cifra establecida por el Tribunal *a quo* no es posible ni su revisión en casación, ni exigir -por imposible- una mayor motivación que además sería puramente retórica, pero no sustancial (STS 76/2013, de 16 de julio).

El motivo carece de viabilidad

SÉPTIMO.- Las costas han de declararse de oficio (art. 901 LECrim), a la vista de la estimación de los recursos.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL** contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, que condenó a Claudio como autor responsable de un delito de abuso sexual, **por estimación del motivo único 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.

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** parcialmente al recurso de casación interpuesto por **Claudio por estimación parcial de los motivos tercero y quinto de su recurso** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, declarando 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. Joaquin Gimenez Garcia Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Octubre de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado Mixto nº Dos de DIRECCION005 (Cádiz), fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, y que fue seguida por delitos de abuso sexual, 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 y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos son constitutivos de un delito de abuso sexual del art. 181.2 (en la redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Estamos ante un acceso carnal tal y como se ha razonado en la anterior sentencia.

SEGUNDO.- Concorre la atenuante de dilaciones indebidas a la que ha de conferirsele carácter cualificado. También se ha justificado esta estimación en la sentencia de casación.

TERCERO.- La pena ha de imponerse en su mitad superior por virtud de lo establecido en los arts. 182.2 y 193 CP. Eso supone un arco penológico comprendido entre 7 y 10 años (por encima de los 4 años y 1 día señalados por el Fiscal en casación). Concurriendo una atenuante cualificada procede la rebaja en uno o dos grados. La gravedad de los hechos, las condenas anteriores, y la entidad, no especialmente significada dentro de su intensidad, de la atenuante no permiten ir más lejos del descenso de un grado. Eso comporta una horquilla que se mueve entre 3 años y 6 meses; y 7 años menos un día. **Cuatro años** (lo que viene a coincidir con la petición del Ministerio Fiscal con la diferencia de un día) es duración que se presenta como adecuada y ponderada.



CUARTO.- Debe suprimirse, según también se ha explicado, la pena de prohibición de residir en la localidad de DIRECCION005 .

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Claudio como autor responsable de un delito de abuso sexual con acceso carnal a la pena de **CUATRO** años de prisión que sustituye a la de DOS años y cinco meses impuesta en la sentencia de instancia, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se suprime la pena de prohibición de residir en la localidad de DIRECCION005 .

Se mantienen íntegramente en lo demás y en lo que no se opongán a este el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia, y en particular lo relativo a penas accesorias (inhabilitación para el ejercicio del derecho de la patria potestad, prohibición de aproximarse a Modesto , así como de comunicarse con él o acudir a su domicilio o lugares frecuentados por él) indemnización y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquin Gimenez Garcia Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

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.