

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062831

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 764/2017, de 27 de noviembre de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2389/2016

SUMARIO:

Prescripción de delitos. Pena concreta o pena en abstracto. Entre la fecha de los hechos y la apertura del procedimiento judicial han transcurrido dieciocho años y la discrepancia estriba en determinar a qué plazo de los fijados en el art. 132 CP hay que estar a efectos de la prescripción del delito. El plazo de prescripción del delito por el que ha sido objeto de condena (según la legislación vigente en el momento de los hechos: no es aplicable retroactivamente la reforma de 1999 que para el caso de víctimas menores desplazó el dies a quo del cómputo) es de veinte años, pues la pena asignada en abstracto al delito podía alcanzar los quince años de prisión. El plazo de prescripción se reduciría a quince años si atendemos al marco penal en el que se movió la Audiencia al apreciar una atenuante cualificada que obliga a degradar la pena. Ahora bien, la última jurisprudencia señala que será la pena en abstracto, la que hemos de tener en cuenta, entendiéndolo por tal la prevista por el legislador para el tipo de delito de que se trate, es decir, la fijada en la norma de la parte especial para el autor del delito (tipo genérico o, en su caso, subtipo) en grado de consumación. De seguirse la otra interpretación (la pena en concreto), no sería fácil explicar qué plazo de prescripción se debería establecer cuando el delito fuese cometido por un inimputable (o semiimputable), casos en los que la peligrosidad criminal del individuo puede implicar el mismo interés estatal en imponer una medida de seguridad que en imponer una pena al imputable. Varios argumentos militan en favor de la pena en abstracto: La literalidad del art. 61 CP, las referencias del art. 131 CP que son siempre a la «pena máxima señalada por el delito», a partir de la reseñada reforma, la distinción que en la citada norma se hacía entre delitos graves y menos graves (hoy entre delitos leves y resto de delitos), o la referencia a los delitos de infamia y calumnia sin distinguir según concurren o no circunstancias o alguna causa de reducción de la pena. Podríamos llegar a admitir que en el caso de la tentativa se abre una tipología distinta. Sería, en todo caso, muy discutible. Pero no es este el supuesto: es una atenuante cualificada lo que ha permitido desbordar el suelo del marco penal abstracto. Más allá de que en el momento de los hechos la dicción del art. 66 CP sugería una mera posibilidad -y no imperatividad- en la degradación (podrá), y sin entrar en la interpretación que se hizo tanto de esa locución como de la fórmula semejante del original art. 68; lo cierto es que una atenuante, aunque faculte u obligue a la degradación penológica no permite escapar del plazo de prescripción que debe fijarse atendiendo al marco penal abstracto del concreto tipo penal. Un delito con una atenuante no varía su naturaleza, ni se convierte en un subtipo o un tipo diferente. La presencia de atenuantes no acorta el plazo de prescripción.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 33, 49, 61, 66, 131 y 132.
Constitución Española, art. 24.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

RECURSO CASACION núm.: 2389/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 764/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 27 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2389/2016 interpuesto por D. Patricio representado por la Procuradora Sra. María Luisa Martín Burgos, bajo la dirección letrada de D.^a Victoria Martín Moguerza contra Sentencia nº 91/2016 de fecha 21 de septiembre de 2016, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Baleares y recaído en el PO 64/14 dimanante del Sumario 3/14 procedente del Juzgado de Instrucción nº 7 de Palma de Mallorca seguido por un delito de agresión sexual. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. Siete de Palma de Mallorca incoó Diligencias Previas con el número 566/2014, contra Patricio luego convertidas en procedimiento ordinario 3/2014. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Baleares (Sección Segunda) que con fecha 21 de septiembre de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<< I.- Desde el mes de Febrero del año mil novecientos noventa y seis y durante unos aproximados seis u ocho meses, Patricio se encargó del cuidado de la sobrina de su mujer, la menor Coral -de cuatro años de edad-, con el cometido esencial de recogerla del colegio y llevarla a su domicilio para pasar la tarde en su compañía y la de Jesús Luis -hijo de Patricio -, también menor de edad.

Así, tras recoger a la menor del colegio habida cuenta que ningún otro familiar podía hacerlo, acudían al domicilio sito en CALLE000 Bloque NUM000 Escalera NUM000 ' NUM001 de Palma, donde Patricio , aprovechando tales circunstancias, proyectaba películas pornográficas y se masturbaba delante de los menores, así como, particularmente, procedió a obligar a la menor Coral hasta en un total de cinco o seis ocasiones a practicarle felaciones, a pesar de que en todo momento la menor manifestaba su negativa a ello. De igual modo y en iguales circunstancias, en fecha no determinada pero en todo caso dentro de dicho período de tiempo, Patricio penetró analmente a la menor Coral .

Para conseguir su libidinoso propósito, en todas las referidas ocasiones el Sr. Patricio agarró por la cabeza a dicha menor y le impidió zafarse de tales actos.

II.- / Coral rememoró lo vivido a la edad de veinte años -año dos mil doce-, con ocasión de contemplar un programa televisivo sobre abuso de menores, decidiéndose finalmente a denunciar los hechos en el año dos mil catorce, tras someterse a tratamiento terapéutico con el Equipo de Atención Psicológica a Víctimas Adultas de Abuso Sexual en la Infancia de la Fundación RANA >>.

Segundo.



La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- CONDENAMOS a Patricio como autor criminalmente responsable de un DELITO CONTINUADO DE AGRESIÓN SEXUAL con acceso carnal por vía bucal y anal y con prevalimiento por razón de parentesco, concurriendo circunstancia modificadora de la responsabilidad criminal atenuante analógica muy cualificada de cuasi-prescripción, a la pena de PRISIÓN DE SEIS AÑOS de duración, así como a la pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA.

Condenamos al acusado al abono de las costas del presente proceso, incluidas las devengadas a instancia de la acusación particular.

El condenado deberá indemnizar a Coral en la cantidad de veinticuatro mil (24.000) euros, cantidad ésta que devengará un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución hasta su pago. >.

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Patricio .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida de los arts. 131 y 132 CP . Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, impugnando todos sus motivos; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 26 de octubre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Acogiendo la propuesta de reordenación sistemática formulada por el Fiscal, examinaremos en primer lugar -es, en efecto, más lógico- el segundo motivo de casación centrado en la presunción de inocencia (art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE): la prueba que sostiene la condena -básicamente la declaración de la víctima- adolece de tal fragilidad en la estimación del recurrente que la despoja de idoneidad para soportar un pronunciamiento condenatorio.

De la mano de la STC 33/2015, de 2 de marzo , uno de los más recientes pronunciamientos constitucionales sobre presunción de inocencia de los centenares que encontramos en los repertorios de tal Alto Tribunal, podemos establecer el marco conceptual de tal verdad interina de no culpabilidad . Evocando las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1 , o 51/1995, de 23 de febrero , FJ 2, reitera la STC 33/2015 que tal principio, además de criterio informador del ordenamiento procesal penal, es, sobre todo, un derecho fundamental en virtud del cual el acusado de una infracción no puede ser considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, que sólo será procedente cuando haya mediado una actividad probatoria lícita practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, y que pueda entenderse concluyentemente de cargo.



La STC 68/2010, de 18 de octubre, en sintonía tanto con ese hilo argumental como con una machaconamente repetida doctrina constitucional conceptúa a la presunción de inocencia como regla de juicio que repele una condena no apoyada en pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos del delito, de las que quepa inferir razonablemente tanto los hechos como la participación del acusado. Se viola tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas o cuando no se motiva el resultado de su valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo seguido. (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a -), 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a -) ó 16/2012, de 13 de febrero). Términos semejantes con variantes expositivas puramente accesorias emplean las SSTC que el recurrente se cuida de recordar en su recurso.

Se vulnera, así pues, la presunción de inocencia cuando recae condena: a) sin pruebas de cargo; b) sobre la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar derechos fundamentales; c) sobre la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; d) sin motivar la convicción probatoria; e) sobre la base de pruebas insuficientes; o f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente (STS 653/2016, de 15 de julio).

De esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aun conscientes de que no son compartimentos estancos- el recurrente edifica sus quejas sobre lo que considera insuficiencia de la actividad probatoria. Desarrolla su discurso a través de una doble línea discursiva:

a) Por una parte resalta que la escasa edad de la víctima cuando sucedieron los hechos (cuatro años) y el largo tiempo transcurrido (la denuncia se interpondrá dieciocho años después) cuarteja la solidez del testimonio: puede estar contaminado por falsas interpretaciones o reformulaciones en una memoria alterada por la abundancia de vivencias posteriores que se superponen, difuminan y distorsionan el suceso recordado.

b) De otra parte, invocando la ya tópica tríada de elementos valorativos del testimonio de una víctima (posibles móviles espurios; persistencia, corroboraciones), cuestiona el razonamiento que, ateniéndose a ese guión, vierte la sala sentenciadora:

(i) Un móvil lucrativo no puede descartarse sin más por la dudosa solvencia del recurrente como arguye la sentencia. La indemnización podría ser abonada por el Estado (Ley de Ayuda a Víctimas).

(ii) Los peritajes, en otro orden de cosas, pueden servir para señalar que es improbable la fabulación, pero no para asegurar la veracidad de los hechos. Podría tratarse de recuerdos reconstruidos y reformulados de forma distorsionada en virtud de experiencias posteriores.

(iii) Y el testimonio del hijo del recurrente solo coincidiría con el de su prima, la víctima, en la práctica habitual del visionado de películas pornográficas y masturbaciones del acusado; pero no avalaría unos actos sexuales sobre la menor que no presencié. Además no hay corroboración alguna de que se tratase de agresiones, es decir, con empleo de violencia. Eso dejaría subsistentes unos meros abusos sexuales, prescritos.

No puede negarse -no lo niega el recurrente- la presencia de actividad probatoria de cargo. Tampoco la concurrencia de una adecuada motivación fáctica por parte del Tribunal contenida en un convincente fundamento de derecho, el primero. El Tribunal analiza toda la prueba y justifica su convicción: el relato de la testigo ha sido persistente y aparece rodeado de signos que transmiten credibilidad; la recuperación de la memoria después de tantos años viene explicada por un mecanismo psicológico de bloqueo que los peritos consideran algo no solo posible, sino incluso normal; y lo apuntado por el hijo del acusado en unión de alguna mención de éste que suena a disculpa (" lo que le hubiera podido hacer... nunca ha sido con ánimo de obtener placer sexual") han permitido a la Sala fundar sólidamente su convicción que queda blindada en casación. En este marco puede fiscalizarse la racionalidad del proceso discursivo; no se puede, sin embargo, revalorar la prueba personal como pretende en último término el recurrente.

El clásico estándar certeza más allá de toda duda razonable (vid. art. 600 del ALECrim de 2011) viene referido al Tribunal de instancia (STS 584/2014, de 17 de junio). El órgano de casación, que no ha presenciado la prueba, no ha de preguntarse si él mismo alcanza ese grado de certidumbre. Tan solo debe verificar que la certeza plasmada en la sentencia del Tribunal a quo está exenta de toda vacilación (principio in dubio en su aspecto normativo) y se edifica sobre un conjunto probatorio suficientemente sólido y adecuadamente justificado en la resolución.



No cabe en casación revalorar íntegramente una prueba no presenciada para preguntarnos si participamos personalmente de la convicción reflejada en la sentencia, o si, por el contrario, persiste alguna duda en nuestro ánimo.

Una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima es apta en abstracto para fundar una condena penal. Es esta aseveración presente en una abundante jurisprudencia, también constitucional. Nos vale ahora un discurso argumental que tomamos prestado de varios precedentes jurisprudenciales (por todas, SSTs 653/2016, de 15 de julio ó 29/2017, de 25 de enero).

El clásico axioma *testis unus, testis nullus* -leemos en esas sentencias- ha sido erradicado, por fortuna, del moderno proceso penal (STS 584/2014). Ese abandono ni debe evaluarse como relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni supone una debilitación del *in dubio*. Es secuela y consecuencia de la inconveniencia de encorsetar la valoración probatoria en rígidos moldes legales, que vayan más allá de las máximas de experiencia y reglas de la lógica.

El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que se desdeñaba esa prueba única (*testimonium unius non valet*), considerándola insuficiente por vía de premisa; es decir, en abstracto; no como conclusión emanada de la valoración libre y racional de un Tribunal, sino por "imperativo legal". Esta evolución histórica no es el producto de concesiones a un defensismo a ultranza o a unas ansias sociales de seguridad a las que repelería la impunidad de algunos delitos en que lo habitual es que solo contemos con un testigo directo. Esa realidad no puede erigirse en coartada para degradar la presunción de inocencia.

La derogación de la regla legal probatoria aludida obedece al encumbramiento del sistema de valoración racional de la prueba; y no a un pragmatismo defensivo que obligase a excepcionar o modular principios esenciales para ahuyentar el fantasma de la impunidad de ciertas formas delictivas, es argumento no asumible que algunas veces asoma en resoluciones judiciales.

No sería de recibo un razonamiento que fundase la necesidad de aceptar como prueba suficiente el único testimonio de la víctima en el riesgo de impunidad como se sugiere en ocasiones, al referirse a delitos de la morfología de los aquí enjuiciados en que lo habitual es que sea la víctima el único testigo directo. Esto recordaría, los llamados *delicta excepta*, a los que se anudaba la inasumible máxima "*In atrocissimis leviores conjecturae suffiunt, et licet iudice iura transgredi*" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado). Contra esa metodología levantaron aceradas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de ese aserto aniquilaría las bases mismas de la presunción de inocencia como tal.

Un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. No basta "creérselo", es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de ese testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba contradictorios, desechando así o sorteando las dudas objetivas que pueden ensombrecer su realidad. Cuando una condena se basa esencialmente en un único testimonio ha de redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica que deberá ajustarse a estándares mucho más estrictos y rigurosos. Así lo reclama nuestra jurisprudencia en armonía con la doctrina de muchos otros Tribunales de nuestro entorno (por todos, doctrina del BGH alemán).

El razonamiento del Tribunal de instancia aquí discurre por senderos armónicos con las exigencias de la presunción de inocencia. Comprueba, basándose en la opinión de expertos, que psicológicamente es plenamente explicable ese mecanismo interior de bloqueo del recuerdo y su brusca reaparición parados los años. Analiza con minuciosidad el relato de la víctima, y lo contrasta con los demás elementos probados alcanzando la certeza de que se ajusta a la realidad.

El análisis desde los tres parámetros clásicos -persistencia, corroboración, ausencia de posibles motivaciones espurias- de las declaraciones de las víctimas, es realizado correctamente por el Tribunal. Ha de tenerse en cuenta que no se trata de requisitos de validez de la prueba; ni, tampoco, de una camuflada prueba tasada. Son factores a tomar en consideración para una racional valoración probatoria como la realizada por la Audiencia en este caso.

El cuadro probatorio es sólido y está racionalmente valorado justificándose la convicción.

El motivo no puede prosperar.

Segundo.



El art. 849.1º LECrim constituye el escenario procesal del primer motivo: un error de subsunción derivado de la inaplicación del instituto de la prescripción.

Entre la fecha de los hechos y la apertura del procedimiento judicial han transcurrido dieciocho años. En esa referencia cronológica todos coinciden. La discrepancia estriba en determinar a qué plazo de los fijados en el art. 132 CP hay que estar.

El plazo de prescripción del delito por el que ha sido objeto de condena (según la legislación vigente en el momento de los hechos: no es aplicable retroactivamente la reforma de 1999 que para el caso de víctimas menores desplazó el dies a quo del cómputo) es de veinte años, pues la pena asignada en abstracto al delito podía alcanzar los quince años de prisión.

El plazo de prescripción se reduciría a quince años si atendemos al marco penal en el que se movió la Audiencia al apreciar una atenuante cualificada que obliga a degradar la pena.

A esta fórmula se acoge el recurrente. Se ha aplicado como atenuación analógica privilegiada la denominada cuasiprescripción. De conformidad con ello, la pena ha sido rebajada dos grados (se han impuesto seis años de prisión). El plazo de prescripción (15 años) estaría agotado cuando se inició el proceso.

Como es sabido esta cuestión -pena en abstracto versus pena en concreto para determinar el marco prescriptivo del delito- ha sido objeto de controversia.

Se ha aducido en favor del segundo criterio de la pena en concreto que de esa forma se evita que la pena llegue a tener un plazo de prescripción inferior al del delito. Pero realmente eso no es un inconveniente dogmático serio: puede suceder en otros casos como consecuencia de ciertos mecanismos penológicos (sustitutivos penales).

La STS 246/1997 contiene un estudio muy completo de esta cuestión: « hay que recordar que la doctrina se había inclinado mayoritariamente por el criterio de la pena en concreto. De un lado, resultaría inaceptable que los plazos prescriptivos fueran los mismos para el autor de un homicidio, concurriendo en aquél varias agravantes, y para el encubridor del mismo al que se le aplican varias eximentes incompletas e incluso la privilegiada atenuante de edad. De otro, según el artículo 49 CP , siempre que la ley señalare generalmente la pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada, lo que permitiría argumentar que, no llegándose a la perfección, la pena señalada por la Ley habría de obtenerse conjugando la pena básica con las previsiones de los artículos 51 y 52, a las que se sumarían luego el grado de participación y las eximentes incompletas y atenuantes. Surgieron, sin embargo, discrepancias acerca de los factores que deberían ser tomados en cuenta para la concreción de la pena. La consideración de las reglas sobre la participación y el iter criminis tuvo general aceptación, pero las opiniones se dividieron en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La jurisprudencia prefirió, en un primer momento, el criterio de la pena en abstracto quizá menos justo, pero más seguro, puesto que es difícil calcular ab initio cuál sería la resultante de la concreción (...). En los últimos años, la jurisprudencia pareció optar, aunque con titubeos, por una solución ecléctica (...)».

La jurisprudencia más tradicional siempre consideró que la pena señalada al delito, a los efectos de estimar su prescripción, era la asignada al tipo en toda su extensión, es decir, la abstracta (STS de 22 de junio de 1963). Esta línea quebró tras la STS de 23 de septiembre de 1974 , que aplicó la imperativa degradación de la pena prevista para la tentativa antes de resolver sobre la prescripción del delito, opción que la STS de 2 de marzo de 1990 extendió incluso a las degradaciones legales potestativas.

El retorno a la doctrina clásica se produjo con el Pleno no jurisdiccional de esta Sala 2.ª de 29 de abril de 1997: se acordó «tener en cuenta la pena abstracta fijada en el respectivo tipo penal, con independencia del grado de ejecución, forma de participación o circunstancias modificativas que puedan determinar una pena distinta».

Ese criterio ha sido seguido en numerosas resoluciones: entre otras, SSTs 198/2001, de 7 de febrero , 2040/2002, de 9 de diciembre ó 1267/2004, de 28 de octubre . La pena en abstracto dirá esta última resolución es la que hemos de tener en cuenta, entendiendo por tal la prevista por el legislador para el tipo de delito de que se trate, es decir, la fijada en la norma de la parte especial para el autor del delito (tipo genérico o, en su caso, subtipo) en grado de consumación.

La reforma del art. 131 CP obrada por LO 15/2003 refuerza el criterio interpretativo abstracto al referirse a la pena máxima señalada al delito y a la pena máxima señalada por la ley (antes no se incluía el adjetivo "máxima").

De seguirse la otra interpretación, no sería fácil explicar qué plazo de prescripción se debería establecer cuando el delito fuese cometido por un inimputable (o semiimputable), casos en los que la peligrosidad criminal del individuo puede implicar el mismo interés estatal en imponer una medida de seguridad que en imponer una pena al imputable.

Varios argumentos militan en favor de la pena en abstracto:

- La literalidad del art. 61 CP .



- Las referencias del art. 131 CP que son siempre a la «pena máxima señalada por el delito», a partir de la reseñada reforma.
- La distinción que en la citada norma se hacía entre delitos graves y menos graves (hoy entre delitos leves y resto de delitos).
- La referencia a los delitos de infamia y calumnia sin distinguir según concurren o no circunstancias o alguna causa de reducción de la pena.

A pesar de todo han seguido apareciendo esporádicamente resoluciones que matizaban de tal forma el principio de la pena en abstracto que acababa por convertirlo en su contrario. Dice, por ejemplo, la STS de 15 de mayo de 2002 , en su FD 1.º:

«En relación al principio de la pena en abstracto, procede efectuar una doble matización de opuesto sentido, que, sin separarse sustancialmente de lo que ha sido la tradicional doctrina de esta Sala, puede aportar una mayor concreción al concepto de pena en abstracto, pero que en todo caso, acarrearía el rechazo de la interpretación que se efectúa en el auto recurrido que determinó el archivo.

La primera matización se refiere a que el concepto de pena en abstracto debe relacionarse necesariamente con los grados de ejecución o título de participación concreta que se den en el supuesto enjuiciado y, por tanto, con apartamiento del tipo penal genéricamente descrito, que se hacía coincidente con la participación a título de autor y en delito consumado. Ello supone que si el delito está en grado de frustración, o la participación lo es a título de cómplice, el concepto de pena en abstracto debe enmarcarse en esas concretas coordenadas porque existe una delimitación ex lege que no puede ser obviada.

La segunda matización se refiere a que la pena en abstracto así delimitada debe estimarse en toda su extensión y por tanto en su concepción de pena máxima que pueda serle impuesta, siendo desde esta perspectiva que debe interpretarse el término "pena máxima" señalada al delito, que se contiene en el art. 131 del actual CP , es decir, pena en abstracto máxima posible legalmente, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar por la aplicación de algún subtipo agravado, o por la continuidad delictiva, pero, se insiste, excluyendo aquellas puniciones que por Ley no pueden ser impuestas dado el grado de desarrollo del delito o de participación del inculcado porque -y ésta es la aportación interpretativa que se efectúa- no sería pena en abstracto máxima posible legalmente la pena correspondiente al autor cuando el inculcado es cómplice, o la del delito consumado cuando el caso contemplado es el de la frustración.

Como ya se ha dicho, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de ni siquiera tener en cuenta las formas imperfectas de ejecución o de participación -entre otras, STS de 10 de julio de 1997 , 4 de marzo de 1999 y núm. 458/1997 de 12 de abril, y el Pleno no Jurisdiccional de 29 de abril de 1997-, aunque también se contabiliza alguna sentencia en el sentido que ahora se postula, STS de 2 de marzo de 1990 , que cita otra anterior de... (sic) .

Esta línea que se postula parece más acorde con el principio de legalidad en la medida que impide la equiparación del autor con el cómplice, y del delito consumado con el frustrado a los efectos de la prescripción, e impide, además, el posible efecto perverso de un tratamiento igual o más severo a la prescripción del delito que a la prescripción de las penas a pesar del mayor plazo prescriptivo que ésta tiene.».

En sentido coincidente, encontramos también la STS 1823/2001, de 21 de mayo .

Pero sólo desde el punto de vista que atiende a la pena en abstracto podría ser entendido el párrafo quinto del núm. 1 del art. 131 CP , que fijaba el plazo de tres años para los restantes delitos menos graves, (hoy para los delitos leves) o su núm. 2, que señalaba el de seis meses para las faltas. Ambos plazos de prescripción (también el señalado para los delitos de calumnia e injuria) se fijaban con independencia de la pena que en concreto pudiera considerarse procedente una vez estimadas las posibles circunstancias modificativas.

Es generalmente aceptado, por otra parte, que el delito menos grave no desciende a la consideración de delito leve por las eventuales degradaciones penológicas del caso concreto, ni cabe aplicarle el plazo prescriptivo de infracciones veniales, por mucho que pudiera ser castigado con una pena leve, según la clasificación de penas establecida en el art. 33 CP (STS 392/2017, de 25 de abril).

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2 del TS de 16 diciembre de 2008, ha vuelto a entender que la pena de la que hay que partir para la prescripción es la abstracta señalada al delito por el legislador y no la concreta resultante de aplicar la reglas sobre el grado de ejecución participación y circunstancias. Se confirma así la vigencia del Acuerdo de Pleno de 29 de abril de 1997.



Podríamos llegar a admitir que en el caso de la tentativa se abre una tipología distinta. Sería, en todo caso, muy discutible. Pero no es este el supuesto: es una atenuante cualificada lo que ha permitido desbordar el suelo del marco penal abstracto. Más allá de que en el momento de los hechos la dicción del art. 66 CP sugería una mera posibilidad -y no imperatividad- en la degradación (podrá), y sin entrar en la interpretación que se hizo tanto de esa locución como de la fórmula semejante del original art. 68; lo cierto es que una atenuante, aunque faculte u obligue a la degradación penológica no permite escapar del plazo de prescripción que debe fijarse atendiendo al marco penal abstracto del concreto tipo penal. Un delito con una atenuante no varía su naturaleza, ni se convierte en un subtipo o un tipo diferente. La presencia de atenuantes no acorta el plazo de prescripción.

La pena en abstracto podía llegar a 15 años. El plazo prescriptivo, por tanto, era de veinte años. No se había alcanzado en el momento en que se inició la causa. Sería un contrasentido que a través de la "cuasi prescripción" (es decir prescripción imperfecta) llegáramos a la prescripción.

Tampoco este motivo puede prosperar.

Tercero.

La desestimación del recurso lleva a condenar al recurrente el abono de las costas procesales (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- NO ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Patricio contra Sentencia nº 91/2016 de fecha 21 de septiembre de 2016, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Baleares , en causa seguida por un delito de agresión sexual.

2.- IMPONER las costas de este recurso al recurrente.

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

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro
Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.