



<http://civil-mercantil.com/>

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 820/2013, de 17 de octubre de 2013

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10387/2013

SUMARIO:

Auto de adaptación de condena a una pena impuesta por un Tribunal extranjero que se va a cumplir en España. Aun siendo cierto que los autos que resuelve un recurso de súplica contra la decisión de denegación de la adaptación de la condena que había sido solicitada por el penado, no se trata de uno de los supuestos recurrible en casación previstos en el art. 848 de la LECrim., en algunos supuestos que presentan una especial relevancia por resolver de forma definitiva cuestiones de carácter procesal y también material sobre el quantum punitivo, el Supremo, operando con criterios de analogía razonables, sí ha admitido la impugnación en casación de los autos dictados por las Audiencias. Es decir, si el auto, aun recaído en fase de ejecución de sentencia, tiene naturaleza decisoria por incidir en su fallo o en la ejecución de la pena a cumplir, debe entenderse sujeto a los mismos recursos que la propia sentencia y, por ello, también al de casación. Se considera que la cuantía de la pena impuesta de 20 años de prisión para unos hechos de suma gravedad no resulta contraria a nuestro sistema constitucional, aunque no sea la que se impone por nuestro actual Código Penal. La incompatibilidad de una sentencia extranjera con nuestro sistema jurídico en el ámbito de la duración de una pena ha de acogerse solo en aquellos casos en que la diferencia cuantitativa de la pena sea notablemente elevada, de modo que la haga sustancialmente dispar, hipótesis que ha de analizarse y fijarse en cada caso, atendiendo para ello al bien jurídico tutelado, a la gravedad de su menoscabo y a la cuantía punitiva impuesta en la sentencia que se ejecuta.

PRECEPTOS:

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 848 y 988.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 72, 179, 180, 181, 182, 183, 185 y 186.

Convenio sobre traslado de personas condenadas de 21 de marzo de 1983, arts. 9, 10 y 11.

Constitución Española, arts. 1.1, 9.3, 10.1 y 15.

PONENTE:

Don Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Octubre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra auto de 18 de febrero de 2013 dictado por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda en la causa 24/10 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, el condenado Benigno , representado por la procuradora Sra. González Rivera. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

Primero.

Con fecha 18 de febrero de 2013, la Sala de lo Penal, Sección Segunda de la Audiencia Nacional dictó auto en el Procedimiento 24/10 conteniendo los siguientes Antecedentes Procesales: Primero.- Con fecha 23 de enero de 2013 , era dictado auto en el presente procedimiento, en el que se acordada (sic) no haber lugar a la adaptación de condena solicitada para Benigno por su representación procesal, notificado el cual, era recurrido en súplica por la misma parte procesal. Segundo.- Dado traslado del recurso al Ministerio Fiscal, interesó la confirmación del auto impugnado."

Segundo.

La Sala de lo Penal, Sección Segunda de la Audiencia Nacional, en el citado Auto, dictó la siguiente Parte Dispositiva: "Desestimar el recurso de súplica interpuesto por la representación procesal del penado Benigno contra el auto denegatorio de adaptación de condena, de fecha 23 de enero de 2013 , que se confirma."

Tercero.

Notificado el auto, se preparó recurso de casación por la Procuradora Sra. González Rivero en nombre y representación de Benigno que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del art. 849, nº 1 de la LECr ., al haberse infringido lo dispuesto en el art. 10 del Convenio Europeo para el Traslado de Personas Condenadas , que establece la



<http://civil-mercantil.com/>

necesidad de adaptación de la sanción impuesta por el Tribunal Estadounidense (art. 10.2 del Convenio en relación con el art. 24.1 de la C .E. y los arts. 181 y 185 del CP español. SEGUNDO.- Al amparo del art. 849, nº 1 de la LECr ., al haberse infringido lo dispuesto en el art. 72 del CP .

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 2 de octubre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó un auto el 23 de enero de 2013 , en el que acordó denegar la solicitud del penado Benigno de que fuera adaptada al ordenamiento español la condena que se le impuso en los Estados Unidos, dictada el 17 de julio de 2009 por el Tribunal del Distrito Central del Estado de Pensilvania, en la causa CR nº 5/425, en la que se le condenó a una pena de 240 meses de prisión (20 años). Como consecuencia de tal denegación, se mantuvo la liquidación de condena practicada con fecha 3 de diciembre de 2010, aprobada por providencia de 14 de diciembre siguiente.

La resolución fue recurrida en súplica por la defensa del penado, recurso que, tras ser informado en contra por el Ministerio Fiscal, fue desestimado por auto de 18 de febrero de 2013 .

Contra esta última resolución interpuso recurso de casación la defensa de Benigno , formalizando dos motivos de impugnación.

Primero.

Como cuestión previa debe dirimirse si la resolución impugnada es recurrible en casación , habida cuenta que el Ministerio Fiscal cuestiona esa posibilidad al tratarse de la impugnación de un auto que resuelve un recurso de súplica contra la decisión de denegación de la adaptación de la condena que había sido solicitada por el penado que ahora recurre,

<http://civil-mercantil.com/>

entendiendo el Ministerio Público que no se trata de uno de los supuestos previstos en el art. 848 de la LECr .

Pues bien, aun siendo cierto que las resoluciones que tratan la cuestión relativa a la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico de las condenas dictadas por los tribunales de otro país no están específicamente comprendidas en el art. 848 de la LECr ., debe advertirse que este precepto no ha sido aplicado de forma restrictiva por esta Sala, sino que en algunos supuestos que presentan una especial relevancia por resolver de forma definitiva cuestiones de carácter procesal y también material sobre el quantum punitivo, esta Sala, operando con criterios de analogía razonables, sí ha admitido la impugnación en casación de los autos dictados por las Audiencias.

A este respecto, pueden citarse los autos que declaran de forma definitiva la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer sobre hechos ocurridos en el extranjero, resoluciones que son susceptibles de recurso de casación (SSTS 327/2003, de 25-2 ; 712/2003, de 20-5 ; 319/2004, de 8 de marzo ; y el auto de 28 de febrero de 2011). Y en la misma línea de admisibilidad de la interposición del recurso de casación, si bien en cuanto a decisiones no de índole procesal sino material o sustantivo, figuran los autos que se dictan por las Audiencias para resolver sobre la revisión de sentencias por haber entrado en vigor una nueva ley o un nuevo Código Penal cuyos preceptos pueden favorecer al penado (SSTS 1563/2000, de 16-10).

En el caso que ahora se dirime, si bien la línea general de la jurisprudencia de esta Sala es que no se admitan los recursos de casación contra los autos de liquidación de condenas (SSTS 23-12-1992 y 1586/2003 , de 3-2), aquí lo cierto es que no se está ante una mera liquidación de condena, ya que la parte recurrente lo que interesa es la adaptación de una pena de 20 años de prisión a las disposiciones punitivas de nuestro ordenamiento jurídico.

De otra parte, si atendemos a que el art. 988 de la LECr . admite la interposición de recurso de casación por infracción de ley contra los autos de acumulación o refundición de condenas, que son resoluciones que se dictan en la fase procesal de ejecución de sentencia, lo razonable y coherente es que también se admita la interposición de recurso de casación contra los autos en que se resuelve la pretensión de adaptación punitiva a nuestro ordenamiento de una condena de nada menos que 20 años de prisión. Máxime si se sopesa que los autos de acumulación de condenas quedan siempre a resultas de que se pueda dictar una nueva sentencia condenatoria contra el penado, en cuyo caso cabe la posibilidad de su modificación, contingencia que les atribuye siempre un cierto carácter provisorio, calificativo que no parece aplicable al supuesto que ahora nos ocupa, toda vez que la decisión que se tome sobre la

<http://civil-mercantil.com/>

posible adaptación de la pena dictada por un Tribunal extranjero ha de tener un carácter definitivo para la liquidación de condena y su régimen de ejecución.

Se está, pues, ante una resolución que resuelve de forma definitiva sobre la cuantía punitiva de un delito de incuestionable gravedad, en la que se tratan tanto cuestiones de índole procesal relativas a la posibilidad de modificación de una sentencia firme dictada por un Tribunal de un país extranjero, como a la cuestión penal sustantiva de la cuantía punitiva que procede imponer con arreglo a nuestro sistema punitivo.

Se cumplimentan así los requisitos que establece esta Sala cuando argumenta que si el auto, aun recaído en fase de ejecución de sentencia, tiene naturaleza decisoria por incidir en su fallo o en la ejecución de la pena a cumplir, debe entenderse sujeto a los mismos recursos que la propia sentencia y, por ello, también al de casación (SSTS 691/2010, de 13 de julio ; y 695/2011, de 18 de mayo).

A tenor de lo que antecede, es patente que se está ante un supuesto en el que procede abrir la vía del recurso de casación.

Segundo.

1. En el primer motivo alega la defensa, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECr ., que se ha infringido lo dispuesto en el art. 10 del Convenio Europeo para el traslado de personas condenadas , cuyo apartado dos, según interpreta la parte recurrente, establece la necesidad de la adaptación de la pena impuesta por el Tribunal estadounidense a Benigno al ordenamiento jurídico penal español, en virtud de lo que se dispone en el art. 24.1 de la Constitución Española y en los arts. 181 y 185 del C. Penal , en relación con el auto de extradición 55/2006, de 7 de diciembre.

Las normas que se aplicaron en el caso para que la ejecución de la condena de 20 años de prisión del penado recurrente se prosiguiera materializando en España son las correspondientes al Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, y en concreto sus artículos 9 y 10.

La tesis que sostiene la defensa se basa, en primer lugar, en advertir que de los dos procedimientos o sistemas que se admiten en el art. 9 del Convenio para aplicar la ejecución en España de una pena de una condena extranjera -el de "prosecución" y el de "conversión"-, interesa que se aplique el de "prosecución" previsto en el art. 10, habida cuenta que el penado asume y no cuestiona que nuestro país ratificó el Convenio con una reserva de exclusión de la aplicación del procedimiento previsto en el art. 9.1 b en sus relaciones con las otras partes. No cuestiona por tanto que procede aplicar el modelo de "prosecución" del referido precepto y

dejar a un lado el procedimiento de "conversión" que prevé el art. 11, dada la reserva que hizo España en orden a su operatividad en nuestro país.

Las discrepancias del recurrente con la resolución del Tribunal de instancia surgen, en primer lugar, a la hora de interpretar el alcance del art. 10 del Convenio; y, en segundo lugar, cuando la Audiencia subsume la conducta por la que fue condenado el impugnante en EE UU (Tribunal de Distrito Central de Pensilvania) en el tipo penal del C. Penal Español de las agresiones sexuales en lugar de hacerlo en las normas correspondientes a los abusos sexuales (arts. 181 y 182).

2. Procede, pues, comenzar el examen de las objeciones de la parte por el análisis de la interpretación del art. 10 del Convenio suscrito en Estrasburgo en el año 1983, con el fin de determinar con carácter previo cuál es la interpretación que puede dársele a las cláusulas de excepción que se recogen en el apartado segundo.

A tal efecto, resulta imprescindible transcribir previamente el texto de la norma, que dice así:

" 1. En el caso de prosecución del cumplimiento, el Estado de cumplimiento quedará vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción tal como resulten de la condena.

2. Sin embargo, si la naturaleza o la duración de dicha sanción fueren incompatibles con la legislación del Estado de cumplimiento o si la legislación de dicho Estado lo exigiere, el Estado de cumplimiento podrá adaptar, mediante resolución judicial o administrativa, dicha sanción a la pena o medida prevista por su propia ley para las infracciones de igual naturaleza. Dicha pena o medida corresponderá en la medida de lo posible, en cuanto a su naturaleza, a la impuesta por la condena que haya de cumplir. No podrá agravar por su naturaleza o por su duración la sanción impuesta en el Estado de condena ni exceder del máximo previsto por la ley del Estado de cumplimiento ".

Como puede observarse, la norma establece primero una cláusula general en la que determina que el Estado de ejecución o cumplimiento estará vinculado por la naturaleza y duración de la pena impuesta en la sentencia que ha de ejecutar, pero después, en el apartado segundo, regula dos excepciones: la primera por razón de la naturaleza de la pena y la segunda por su duración, cuando alguna de ambas resulte incompatible con la legislación del Estado de cumplimiento o si la legislación de dicho Estado lo exigiere, supuestos en que el Estado de cumplimiento sí podrá adaptar la pena a su ordenamiento interno.

En el auto recurrido se alega como primer argumento para denegar la aplicación de este precepto que la pretensión de la parte recurrente de que se le aplique la pena correspondiente a nuestro ordenamiento jurídico con respecto a los hechos objeto de

condena, no puede ser atendida debido a que ello supondría aplicarle el sistema de "conversión", previsto en el art. 11 del Convenio, que ha sido expresamente excluido por España cuando lo ratificó. Por lo cual, considera que al ser la norma aplicable la de la "prosecución" y no la de la "conversión", ha de dársele un carácter extraordinario a la modificación de la pena, limitándose a las excepciones que se remarcan en el apartado 2 del art. 10 del Convenio.

Y aquí es realmente donde está el punto neurálgico del problema, pues las excepciones presentan una redacción notablemente abierta e indeterminada, ya que, tal como se reseñó supra, se refieren a los supuestos en que la "naturaleza" o la "duración" de la pena resulten "incompatibles" con la del Estado de cumplimiento, en este caso España.

Como puede fácilmente constatarse, el núcleo de los problemas hermenéuticos del precepto se centra en la excesiva indeterminación semántica de tres vocablos que resultan capitales para la interpretación de este segundo apartado de la norma. Nos referimos a las expresiones "incompatibilidad", "naturaleza" y "duración" de la pena impuesta en el país extranjero.

En lo que atañe al vocablo "incompatibles", la extensión de su campo semántico depende del rigor o laxitud con que operemos a la hora de fijar el grado de incompatibilidad, ya que se trata de un concepto totalmente vinculado a la mayor o menor flexibilidad con que se interpreten y se pretendan imponer los criterios valorativos que se hallan detrás de la imposición de una pena.

El término "naturaleza" referido a una pena parece albergar una significación más asequible y fácil de interpretar que el de "duración", pues en aquel la incompatibilidad ha de aplicarse a penas que por su carácter excesivamente aflictivo no han sido ni siquiera recogidas en nuestro Código Penal. Para rellenar ese concepto ha de acudir al art 15 de la Constitución, en el que se prohíben las penas inhumanas y degradantes. Sobre este particular establece el Tribunal Constitucional que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena" (SSTC 65/1986 y 116/2010).

Entre ellas, es claro que han de estar comprendidas la pena de muerte y las que implican cualquier acción directa sobre el cuerpo de la persona, así como todas aquellas que reducen a un sujeto a un mero objeto de la acción de un tercero.



<http://civil-mercantil.com/>

Y también tiene dicho el Tribunal Constitucional, en su sentencia 181/2004, de 2 de noviembre , que la interdicción constitucional prevista en el art. 15 CE posee un doble significado. Por una parte constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (STC 91/2000 y SSTEDH de 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido ; de 30 de octubre de 1991, Vilvarajah y otros c. Reino Unido ; de 15 de noviembre de 1996, Chahal c. Reino Unido ; de 17 de diciembre de 1996, Ahmed c. Austria ; de 29 de abril de 1997 , H.L.R. contra Francia; y de 28 de julio de 1999, Selmouni c. Francia) que se conecta con el respeto a los derechos fundamentales más básicos del individuo en sus relaciones con el Estado. De otra parte, se encuentra estrechamente relacionada con la dignidad de la persona que, según lo dispuesto en el art. 10.1 CE , representa uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (SSTC 53/1985 , 120/1990 , 57/1994 , 337/1994 , y 91/2000). En efecto, la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE , bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo.

Al trasladar la referida doctrina al caso enjuiciado no se aprecian datos objetivos que permitan afirmar o colegir que la imposición de una pena privativa de libertad como la prisión constituya una pena que por su naturaleza se pueda excluir de su ejecución.

Mayores interrogantes genera, ciertamente, la interpretación del sintagma " duración de la pena ", criterio que sí aparece transido de un grado muy importante de incertidumbre e indeterminación.

El criterio de la duración de la pena ha de aplicarse con una importante dosis de ponderación y medida. De modo que ni puede afirmarse que solo quedan fuera del ámbito de esta cláusula de excepción de la adaptación punitiva la prisión perpetua, ni tampoco cabe irse al extremo contrario para entender que cualquier diferencia en exceso de una pena privativa de libertad impuesta por un país extranjero en comparación con la que se establece en el nuestro determina una modificación automática del quantum punitivo.

En el primer caso se incurriría en una interpretación reduccionista y ajena a la esencia del principio de proporcionalidad que impone nuestro texto constitucional en la aplicación de las penas. Y en la segunda opción asimilaríamos el procedimiento y el sistema de "prosecución" al de "conversión", y equipararíamos así la ejecución de una sentencia extranjera a las adaptaciones de penas que se hacen habitualmente en nuestros tribunales cuando entra en vigor una reforma legislativa favorable al reo y se revisan las sentencias ya firmes.



<http://civil-mercantil.com/>

Tal como remarca esta Sala en la sentencia 480/2011, de 13 de mayo , asumiendo las pautas del Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad cabe inferirlo de determinados preceptos constitucionales: arts. 1.1, 9.3 y 10.1. Se trata de un principio derivado del valor justicia, del principio del Estado de derecho, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o de la dignidad de la persona (STC 55/1996).

Es un principio que opera como instrumento de control de los poderes del Estado y tiene un ámbito de actuación muy relevante dentro del marco legislativo, en cuanto que permite controlar los posibles excesos del legislador a la hora de configurar los tipos penales. De modo que los bienes jurídicos que tutela la norma penal han de ser lo suficientemente relevantes para justificar la intervención del ius puniendi del Estado y, además, la pena asignable normativamente a las conductas delictivas debe ser idónea, necesaria y proporcionada a la gravedad de las conductas que se pretenden disuadir o evitar.

En el marco estrictamente judicial, el principio de proporcionalidad tiene un campo especial de intervención en el ámbito sustantivo cuando se trata de individualizar judicialmente la pena asignable a un sujeto determinado por una concreta conducta punible.

Pues bien, tal como se ha anticipado, no puede pretenderse que la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena en el caso concreto con arreglo a nuestro sistema jurídico imponga una adecuación cuantitativa de la pena al marco legal en vigor en nuestro ordenamiento jurídico. De forma que cuando el ciudadano español que delinque en otro país es autorizado por el Estado de condena a cumplir la pena en el de su nacionalidad, ello suponga una adecuación automática de los marcos legales vigentes en nuestro texto punitivo. Pues ello entrañaría en la práctica, entre otras consecuencias, que muy posiblemente en un futuro esas autorizaciones de ejecución de la pena en el país de origen otorgadas por el Estado que dictó la condena, acabaran limitándose en unos términos claramente perjudiciales para futuros penados.

Ahora bien, esto tampoco significa que los Tribunales españoles deban ejecutar sin filtro jurisdiccional algunas penas que por su elevada cuantía contradigan de forma patente el principio de proporcionalidad penal que establece nuestro sistema constitucional. Tal supuesto podría suceder con penas privativas que rebasaran de forma claramente ostensible la cuantía punitiva que se establece en nuestro sistema penal. Ha de estarse, pues, a cada caso concreto para ponderar si el cumplimiento de una pena sobrepasa de forma muy desmesurada el marco punitivo señalado en nuestro Código Penal, sin que, en principio, quepa fijar cuantías concretas, aunque todo indica que, por ejemplo, una pena que supere el doble de la fijada en el Código del país de cumplimiento ha de entenderse que es muy probable que colisione con el principio de proporcionalidad que acoge un sistema penal.

En este sentido, conviene recordar que la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, dispone en su art. 8, apartado 2, que "En caso de que la condena, por su duración, sea incompatible con la legislación del Estado de ejecución, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá tomar la decisión de adaptar la condena únicamente cuando supere la pena máxima contemplada por su legislación nacional para delitos del mismo tipo. La duración de la condena adaptada no podrá ser inferior a la pena máxima contemplada por la legislación del Estado de ejecución para delitos del mismo tipo".

Así pues, también la referida Decisión Marco, aplicable dentro del espacio de la Unión Europea, contempla en el supuesto de penas excesivas por razón de la cuantía la posibilidad de adaptarlas a las del Estado de ejecución, pero siempre que la pena impuesta por el Estado que dicta la condena resulte incompatible con la del Estado de cumplimiento y supere el límite máximo de su marco penal.

A tenor de lo razonado, ha de concluirse que el art. 10 del Convenio de Estrasburgo, una vez examinada la dicción de la norma, sí posibilita a través del sistema de "prosecución" del cumplimiento adaptar la duración de la pena a nuestro ordenamiento jurídico penal, sin que para ello deba acudir necesariamente a un procedimiento de "conversión". Cosa distinta es que en el caso concreto proceda la adaptación de la pena, que es la pretensión de fondo que se formula en el escrito de recurso.

Se estima así parcialmente el motivo de impugnación.

Tercero.

1. Partiendo de las premisas que se acaban de exponer en el fundamento anterior, procede ahora examinar el segundo motivo del recurso, en el que se alega, por el cauce previsto en el art. 849.1º de la LECr., la infracción del art. 72 del C. Penal, por concurrir error en la motivación de la extensión de la pena de cumplimiento que habría de fijarse para los hechos delictivos de acuerdo con la legislación penal española. La parte recurrente alega que la argumentación de la Sala de instancia no se refiere correctamente a los hechos que fueron objeto de condena por el Tribunal de Pensilvania y tampoco los subsume correctamente en las normas punitivas del Código Penal español.

La tesis que sostiene la defensa del penado es que el Tribunal de instancia razona con base en unos hechos que no fueron objeto de la condena dictada en Estados Unidos, pues el penado fue condenado en virtud de las imputaciones fácticas que se le hacían en el cargo número dos



<http://civil-mercantil.com/>

y no por los hechos que se describen en los cargos uno, tres y cuatro. A ello añade que los hechos objeto de condena han sido erróneamente calificados como delito de agresión sexual de los arts. 179 y 180 del C. Penal , en lugar de delito de abuso sexual del art. 181 del C. Penal . También incide de forma especial en que la condena que se le impuso al penado lo fue por el delito de "viaje en el comercio interestatal y extranjero con la intención de entablar una conducta sexual ilícita" , dado lo cual argumenta que ese hecho no es delito con arreglo al texto penal español, de forma que con la ejecución de esa condena se estaría infringiendo el principio de doble incriminación. Y en el caso de que se considere que los hechos son delictivos habría que aplicarles los preceptos relativos al delito de corrupción de menores o el art. 181.1 referente a un delito de abuso sexual.

El impugnante acaba su escrito de recurso postulando uno de estos tres pronunciamientos, por este orden: que no se le imponga ninguna pena de prisión por no existir un delito en España homologable al que fue objeto de condena en EE UU ("viaje en el comercio interestatal y extranjero con la intención de entablar una conducta sexual ilícita"); que se le condene solo por el delito previsto en los arts. 185 y 186 del C. Penal (delitos de exhibicionismo y provocación sexual); o, por último, que la condena recaiga solo por el delito previsto en el art. 181.1 del C. Penal (delito de abusos sexuales sin acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal). Todos los preceptos mencionados son puestos en relación con las normas penales vigentes en el momento de los hechos: meses de junio y julio de 2004.

En la resolución recurrida, después de mostrar el Tribunal de instancia su criterio de que no cabe modificar la pena por no hallarnos ante un supuesto de "conversión" sino de "prosecución", se adentra a examinar en profundidad la pena que sería asignable con arreglo al Código Penal Español a los hechos que se recogen en la sentencia dictada por el Tribunal estadounidense. Todo ello para constatar que, aunque se siguiera la tesis que postula la defensa sobre la aplicación de nuestro texto penal, el resultado sería el mismo, pues considera la Audiencia Nacional que con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico también podría imponerse una pena de 20 años ya que se está ante un delito de agresión sexual y no de mero abuso sexual, siendo por tanto de aplicación los arts. 179 y 180 del C. Penal .

De todo ello discrepa la defensa del recurrente, para quien la condena impuesta en EE UU, tal como ya se ha reseñado ut supra , no lo ha sido por un delito de agresión sexual, sino a lo sumo por un delito de abuso sexual sin acceso carnal.

2. Centrado el debate en los términos que se acaban de expresar, se hace necesario precisar en primer lugar cuáles son los hechos delictivos por los que ha sido condenado el acusado en la sentencia dictada por el Tribunal de Pensilvania el 17 de julio de 2009 .



<http://civil-mercantil.com/>

Pues bien, en el procedimiento de ejecución que tramita la Sección Segunda de la Audiencia Nacional se especifica que el acusado ha sido condenado por el cargo número 2, del que se declaró culpable, excluyéndose la condena por los cargos 1, 3 y 4, por haberlos retirado el Ministerio Fiscal (folio 9 del procedimiento y 1 de la sentencia).

El contenido del cargo número dos, por el que ha sido condenado el acusado, dice literalmente lo siguiente: "Desde o alrededor de junio de 2004, hasta o alrededor de julio de 2004, en el Condado de Schuylkill, Pensilvania, y dentro del Distrito Centro de Pensilvania y en otros lugares, el acusado Benigno , ciudadano español, realizó un viaje interestatal e internacional de comercio desde España a los Estados Unidos y participó en una conducta sexual ilícita, tal como se define en el título 18 del Código de los Estados Unidos, artículo 2423 f), con el menor A, persona de menos de 18 años, a saber, de tres años de edad. Todo ello en contravención del Título 18 del Código de los Estados Unidos, artículo 2423 b " (folios 59 y 236 del procedimiento de ejecución).

Por consiguiente, el cargo número dos, por el que fue condenado el acusado, no solo describe un viaje interestatal e internacional de comercio desde España a Estados Unidos sino que se refiere también a haber participado en una conducta sexual ilícita con un menor de tres años de edad. La conducta sexual ilícita aparece definida en el art. 2246 del Código de los Estados Unidos , norma a la que se remite el art. 2423 f), que es citada por el Ministerio Fiscal en el cargo dos, que es objeto de condena. Y en el referido art. 2246 se reseñan como conductas sexuales las penetraciones anales, bucales y vaginales, incluso con dedos o cualquier objeto, y también los meros tocamientos sexuales.

En virtud de lo que antecede, no puede afirmarse que el Tribunal de EE UU haya condenado al acusado solo por meros actos sexuales comprendidos en el art. 181.2 del C. Penal español (redacción en vigor en julio de 2004), dado que del tenor de la sentencia se colige que fue condenado también por actos de acceso carnal por vía anal y bucal, visto lo dispuesto en los preceptos citados en el cargo dos del que se declaró culpable el acusado, según la página primera de la sentencia del Tribunal de Pensilvania.

Los preceptos del Código de EE UU que se citan y los antecedentes fácticos del proceso, así como los hechos que también se recogen en el auto en que se concede la extradición del acusado a Estados Unidos (folios 104 y 105 del procedimiento), constatan, pues, que la conducta sexual ilícita a que se refiere genéricamente el cargo número dos comprende también actos de acceso carnal, quedando así subsumida en los arts. 181 y 182 del C. Penal en vigor en julio de 2004, que conlleva una pena que llega hasta los diez años de prisión. Los mismos hechos se insertan actualmente, después de la reforma del 22 de junio de 2010, en el art. 183.3, primer inciso, en relación con el art. 181 y 183.4 a) del C. Penal . Con lo cual, la pena



<http://civil-mercantil.com/>

imponible podría alcanzar actualmente los 12 años de prisión, y en el supuesto de aplicarse la continuidad delictiva, hasta los 15 años de prisión.

Así las cosas, en virtud de todo lo argumentado, es claro que no puede compartirse la tesis de los autos dictados por la Sala de instancia cuando opera con un delito de agresión sexual y no de abuso sexual. Y ello porque en el nuevo Código Penal de 1995 se sistematizaron las conductas contra la libertad sexual atendiendo a la concurrencia o no de violencia o intimidación; de modo que cuando concorra uno de estos dos elementos el hecho se califica como agresión sexual y cuando no se den se incluirá en el capítulo de los abusos sexuales, haya o no acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, siempre que la víctima no hubiera prestado su consentimiento, falta de consentimiento que se presume ex lege en los menores de 13 años de edad. A partir, por tanto, del texto legal de 1995 no ha de estarse para distinguir un delito de agresión sexual de un delito de abuso sexual a la naturaleza y entidad de los actos sexuales perpetrados (acceso carnal o simplemente tocamientos sexuales) sino a la forma y medios utilizados para ejecutarlos (empleo de violencia o intimidación para apreciar la agresión sexual).

Aclarado lo anterior, y no constando probado en el caso que ahora se examina que el penado se hubiera valido de violencia o de intimidación para realizar los actos sexuales con el menor de tres años, no resulta factible incardinar su conducta en un delito de agresión sexual y sí, en cambio, en un delito de abuso sexual.

El Tribunal de instancia afirma que el mero hecho de que el menor tuviera tres años de edad ya lleva implícita la existencia de una mínima fuerza para realizar la conducta sexual, dado que no es natural, dice, que a su edad realice un acto de tal naturaleza si no se le obliga.

Sin embargo, ello implica una presunción contra reo que se opone al propio texto legislativo y a la jurisprudencia que lo aplica, por cuanto que sí resulta factible realizar actos sexuales contra un menor de esa edad sin violencia ni intimidación. Y así lo confirma el hecho de que el Código Penal haya previsto para el delito de abuso sexual una agravación para los supuestos de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad (art. 181.4 anterior a la redacción de 2010). Sin olvidar tampoco que en la última reforma de 22 de junio de 2010 se prevé en el art. 183.4 a) una agravación cuando la conducta delictiva consistente en un abuso sexual se ejecuta sobre menores de cuatro años de edad.

Y otro tanto puede decirse de la jurisprudencia, ya que se han dictado reiteradas sentencias por delitos de abuso sexual cometidos sobre menores de muy pocos años de edad. Y así, entre otras: víctima de tres años (SSTS 429/2002, de 8 de marzo ; y 369/2010, de 15-4); de dos años (STS 947/2009, de 2-10); y de 5 años de edad (STS 743/2010, de 17-6).



<http://civil-mercantil.com/>

Sin embargo, tampoco puede acogerse la tesis de la defensa, que se ubica en el polo totalmente opuesto al del Tribunal de instancia, pues subsume los hechos en el tipo básico de abuso sexual, previsto en el art. 181.1 del C. Penal (redacción vigente en julio de 2004), solicitando que se opere con una mera multa o con una pena privativa de libertad que no supere los tres años de prisión. Según ya se expuso, la concurrencia de conductas de acceso carnal por vía anal y bucal excluye el juicio de subsunción que postula la parte recurrente. Y otro tanto puede decirse de la pretensión de que se declare la atipicidad de la conducta con el argumento de que estaríamos ante una mera conspiración para cometer el delito, alegando al respecto que solo se le condena por un hecho consistente en hacer un viaje a EE UU con el fin de ejecutar una conducta sexual ilícita. Esto no es lo que dice, según ya se advirtió y explicó, el hecho descrito en el cargo segundo del escrito de acusación, cargo del que se declaró culpable el recurrente y en el que por tanto se basa toda la condena del Tribunal estadounidense que obra unida al procedimiento.

3. Llegados a este punto, es ya el momento de extraer una conclusión de los razonamientos precedentes. Y esta no puede ser otra que la denegación de las pretensiones de fondo que se formulan en el escrito de recurso, pues todo lo que se ha argumentado sobre el principio de la proporcionalidad de la pena en el fundamento primero aboca necesariamente a la desestimación de la tesis de la parte impugnante.

En efecto, todo lo apuntado evidencia que la pena impuesta por el Tribunal de Pensilvania no resulta incompatible con la interpretación del principio de proporcionalidad que acoge nuestro Tribunal Constitucional en el ámbito punitivo. Ya se dijo en el fundamento segundo que la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena no determina que cuando un ciudadano español que delinque en otro país es autorizado por el Estado de condena a cumplir la pena en España, se adapte automáticamente esta a los marcos legales vigentes en nuestro texto punitivo.

El filtro judicial con que se ha de operar para establecer una posible incompatibilidad de la pena con nuestro ordenamiento jurídico ha de aplicarse ponderando el principio de proporcionalidad con arreglo a los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho, atendiendo a la relevancia del bien jurídico que se protege y a la idoneidad y necesidad de la pena para tutelarlos, según tiene establecido el Tribunal Constitucional (SSTC 55/1996 y 136/1999).

Al aplicar tales criterios de la proporcionalidad de la pena al caso concreto, se acaba constatando que nuestro sistema jurídico constitucional sí permite la aplicación de una pena como la impuesta por el Tribunal estadounidense, aunque ahora no sea la vigente en el texto penal. Y decimos que no concurre un supuesto de incompatibilidad porque en el Código Penal



<http://civil-mercantil.com/>

anterior a 1995 se imponía una pena de hasta 20 años de reclusión menor por unos hechos similares a los que ahora se examinan (art. 429.3 del CP 1973). Y ese texto legal estuvo vigente durante 17 años de periodo constitucional sin que fuera tachado de inconstitucional.

Por lo demás, el texto punitivo actualmente en vigor permite, según ya se expuso en su momento, imponer una pena de hasta 15 años de prisión, pena privativa de libertad que no es sustancialmente diferente a la que se le impuso al recurrente por el Tribunal de Pensilvania.

Ha de afirmarse, en consecuencia, que la cuantía la pena impuesta de 20 años de prisión para unos hechos de suma gravedad no resulta contraria a nuestro sistema constitucional, aunque no sea la que se impone por nuestro actual Código Penal. De manera que su adaptación en este caso al texto legal que rige en nuestro ordenamiento jurídico solo podría hacerse no refiriendo el término "incompatibilidad" a nuestro sistema jurídico constitucional sino a la ley penal en vigor. Sin embargo, esa interpretación no es la que se desprende del Convenio de Estrasburgo de 1983 ni del Instrumento de Ratificación suscrito por el Estado Español, ya que es obvio que no imponen que la ejecución de una sentencia extranjera deba hacerse adaptando la pena a la cuantía concreta de nuestro Código Penal.

Como ya se advirtió en su momento, la incompatibilidad de una sentencia extranjera con nuestro sistema jurídico en el ámbito de la duración de una pena ha de acogerse solo en aquellos casos en que la diferencia cuantitativa de la pena sea notablemente elevada, de modo que la haga sustancialmente dispar, hipótesis que ha de analizarse y fijarse en cada caso, atendiendo para ello al bien jurídico tutelado, a la gravedad de su menoscabo y a la cuantía punitiva impuesta en la sentencia que se ejecuta.

En consecuencia, y con base en todo lo argumentado en los razonamientos precedentes, ha de desestimarse el segundo motivo de impugnación y también, consiguientemente, las pretensiones de reducción punitiva formuladas en el recurso. Al rechazarse la pretensión de fondo que se postula, procede imponer a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 902 de la LECr .)

III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Benigno contra el auto de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional de fecha de 18 de febrero de 2013 , que ratificó el de 23 de enero de 2013 , en el que se denegó la solicitud del referido penado de que fuera adaptada al ordenamiento español la condena que se le impuso en los Estados Unidos, dictada el 17 de julio de 2009 por el Tribunal del Distrito Central del Estado de Pensilvania, en la causa CR nº 5/425, en la que se le impuso una pena de 240 meses de prisión (20 años). Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en esta instancia.



<http://civil-mercantil.com/>

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Saavedra Ruiz Carlos Granados Perez Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

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

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.