



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 988/2013, de 23 de diciembre de 2013

Sala de lo Penal

Rec. n.º 984/2013

SUMARIO:

Prueba testifical. Prueba pericial. Valoración de la prueba. Posible «contaminación de las declaraciones testificales», originada porque durante la celebración del juicio oral una persona entró en la sala de testigos comunicando con ellos. En cuanto a la supuesta ruptura de la regla de incomunicación, se recuerda que el art. 704 de la LECrim. (los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado ni con otra persona), establece obligaciones de actuar de una determinada forma, dirigidas más bien, a los Tribunales, en el ámbito de actuación de las facultades de dirección del juicio oral, orientadas a garantizar la veracidad de los testimonios, evitando acuerdos, reacciones a otras declaraciones y demás posibilidades que podrían afectar negativamente a las declaraciones de los testigos, pero que su incumplimiento, si bien puede alertar a los órganos jurisdiccionales en la valoración de las pruebas practicadas a su presencia, no suponen una sanción de nulidad. Se trata, en definitiva, de una norma cautelar cuyo incumplimiento no produce otra carga o producción de perjuicio que el eventual de la aminoración de credibilidad del testimonio, pero en manera alguna origina una prescripción prohibitiva. La prueba pericial, so pena de convertir al perito en un pseudoponente de influencia decisiva en el desenlace jurisdiccional del hecho enjuiciado, no puede ser etiquetada como la regina probatio del proceso penal, de suerte que aquella persona de la que se diga que no tiene dificultades en el autocontrol de sus actos obtenga así una garantía de exoneración para todos aquellos hechos, de una u otra naturaleza, que le puedan ser imputados. **Abuso sexual:** La minoría de edad de la víctima en el delito de abuso de menores y el abuso de superioridad con el que fueron ejecutados los hechos imputados no implican una doble valoración de la misma secuencia fáctica.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5, 66, 74.1, 110, 116, 123, 180.4, 181 y 182.1.1 y 2.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 704 y 741.



www.civil-mercantil.com

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de Epifanio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quinta) de fecha 14 de marzo de 2013 en causa seguida contra Epifanio , por un delito de abusos sexuales, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora doña Ana Isabel Rodríguez Bartolomé y como parte recurrida Leocadia representada por la procuradora doña Enriqueta Salman-Alonso Khouri. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de instrucción núm. 36 de Madrid, incoó procedimiento abreviado núm. 3/2011, contra Epifanio y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quinta) rollo de Sala nº 18/2012 que, con fecha 14 de marzo de 2013, dictó sentencia nº 18/2013 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"En fechas no exactamente determinadas pero en todo caso entre octubre de 2000 y finales del año 2003, el acusado Epifanio , mayor de edad y sin antecedentes penales, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales y aprovechando la relación de vecindad y amistad que mantenía con la madre de la menor Sonsoles , nacida en Colombia el NUM008 de 1994, y cuando esta contaba 6 años de edad y hasta que cumplió los nueve años, la hizo objeto de numerosos tocamientos y actos de carecer sexual y así en el domicilio del acusado, sito en la CALLE001 , nº NUM009 - NUM010 - NUM011 de esta capital, en el que la madre de la menor la confiaba al acusado en numerosas ocasiones, y con posterioridad cuando el acusado cambio de domicilio a otro sitio en la PLAZA000 , nº NUM012 - NUM013 - NUM011 de esta capital, donde la menor acudía de visita para jugar con el hijo menor del acusado, éste último aprovechaba tal



www.civil-mercantil.com

situación para sentando a la niña en su regazo, realizarle tocamientos de naturaleza sexual, acariciándole los genitales por encima de la ropa, hechos que se repitieron en múltiples ocasiones y cada vez que la menor iba al domicilio del acusado.

En una de esas ocasiones, el acusado, aprovechando que su hijo menor se encontraba en el baño, llevó a la menor Sonsoles a su habitación y tras tumbarla boca abajo se tumbó sobre ella, comenzando a frotar sus genitales contra los glúteos de la menor, cesando en su acción al oír que su hijo menor salía del baño.

En fecha no determinada pero entre octubre de 2002 y octubre de 2003, cuando Sonsoles ya había cumplido ocho años de edad, se encontraba sola en el domicilio del acusado, sito en la PLAZA000 , donde también se encontraba el acusado, ambos esperando la llegada del hijo menor del acusado, procediendo el acusado a sentar a la menor en sus rodillas frente al ordenador y a tocar la zona vaginal de la menor por encima de la ropa, como había hecho en otras ocasiones, mientras en el ordenador se sucedían imágenes pornográficas de menores, en una de las cuales aparecía una menor arrodillada realizando una felación a un adulto, el acusado le dijo a Sonsoles "mírala bien", se bajo los pantalones y los calzoncillos y cogiéndose el pene con la mano le dijo "chúpamela", lo que hizo la menor introduciendo el pene en su boca y realizándole una felación, sin que conste si llegó a eyacular, tras lo cual la beso en la boca y se subió los pantalones.

El acusado Epifanio indemnizó con anterioridad al juicio oral a la perjudicada en la cantidad de 15.000 euros".

Segundo.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLO : CONDENAMOS al acusado Epifanio , como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales, concurriendo la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de reparación del daño, a la pena de DOS AÑOS Y DIEZ MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a Sonsoles a su domicilio y lugar de estudio o trabajo a una distancia inferior a 500 metros así como COMUNICARSE con ella durante un periodo de CUATRO AÑOS, y como autor responsable de un delito de abuso sexual con penetración, concurriendo la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de reparación del daño, a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el



www.civil-mercantil.com

derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A Sonsoles a su domicilio y lugar de estudios o trabajo a una distancia inferior a 500 metros así como COMUNICARSE con ella durante el periodo de OCHO AÑOS, al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular".

Tercero.

La Audiencia de instancia dictó auto de aclaración de sentencia de fecha 18 de abril de 2013 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"LA SALA ACUERDA: NO HABER LUGAR AL RECURSO DE ACLARACION DE la Sentencia número 18/13 , instado por la procuradora D^a. ENRIQUETA SALMAN ALONSO KOURI, en nombre y representación de D^a. Sonsoles , al no incurrir la Sentencia dictada en fecha 14 de marzo de 2013 en el error manifiesto que el recurso de aclaración formula señalar.

Notifíquese a las partes y únase al Rollo de Sala".

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, 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.

Quinto.

La representación legal del recurrente Epifanio , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Vulneración del principio de presunción de inocencia. II.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida de los arts. 181.1 y 2 y 182.1.1 y 2 en relación con el art. 180.4. III.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . IV.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . V.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por infracción del art. 116 del CP . VI.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por infracción del art. 123 del CP .

Sexto.



www.civil-mercantil.com

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 25 de junio de 2013, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la desestimación de los cinco primeros motivos del recurso y el apoyo al motivo sexto.

Séptimo.

Por providencia de fecha 25 de noviembre de 2013 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 18 de diciembre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia núm. 18/2013, fechada el 14 de marzo de 2013, dictada por la Sección Quinta de Audiencia Provincial de Madrid, condenó al acusado Epifanio, en el marco del procedimiento ordinario núm. 3/2011, seguido ante el Juzgado de instrucción núm. 36 de Madrid, como autor de un delito continuado de abusos sexuales, concurriendo la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de reparación del daño, a la pena de 2 años y 10 meses de prisión y como autor de un delito de abuso sexual con penetración, concurriendo la misma circunstancia atenuante, a la pena de 7 años de prisión, con las correspondientes accesorias y en los términos en los que consta en los antecedentes de hecho de esta resolución.

Se interpone recurso de casación. Se formalizan seis motivos que van a ser objeto de tratamiento individualizado.

Segundo.

El primero de ellos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y de la prohibición del bis in idem (art. 24.1 CE).

El motivo sirve de vehículo formal para agrupar consideraciones críticas de distinta naturaleza, algunas de las cuales habrían aconsejado un tratamiento sistemático diferenciado.



www.civil-mercantil.com

A) Se critica la insuficiencia de la prueba, al entender que al testimonio de la víctima le faltan los requisitos de la verosimilitud, persistencia y firmeza en la declaración. La Audiencia -se alega- ha incurrido en falta de racionalidad en la valoración probatoria. Además, incurre en notoria imprecisión a la hora de definir las conductas imputadas, elemento especialmente relevante en el supuesto del abuso sexual con penetración, al tratarse de una única conducta que se realiza en ausencia del hijo de Epifanio, cuando en realidad la denunciante sólo se encontraba con el acusado en presencia de su hijo.

No existe la insuficiencia probatoria a la que alude la defensa. Las pruebas, además, fueron racionalmente valoradas.

Sólo un entendimiento preciso del concepto y de la significación funcional del recurso de casación, puede explicar las limitaciones de esta Sala a la hora de valorar una impugnación basada en el quebranto del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Estas limitaciones se hacen mucho más visibles en supuestos como el sometido a nuestra consideración. Se trata de una agresión sexual en la que agresor y víctima discrepan abiertamente sobre lo que realmente aconteció y en la que ambas partes ofrecen a la Sala elementos de prueba abiertamente contradictorios. Y es que, por más que con frecuencia se olvide, ningún parecido existe entre la posición procesal de la Audiencia Provincial ante la que se practican las pruebas y la capacidad del Tribunal Supremo para ponderar en términos jurídicos la corrección de la inferencia del órgano decisorio. No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal a quo. Aun cuando resulte una obviedad recordarlo, nuestra posición como órgano casacional no nos autoriza a optar entre la valoración probatoria que sugiere la parte recurrente y la que ha proclamado la Audiencia Provincial. Nuestro ámbito cognitivo no nos faculta, en fin, a desplazar la conclusión probatoria alcanzada por la Audiencia, ante el mayor atractivo de los argumentos que pudiera encerrar, en su caso, el discurso impugnativo del recurrente. Tampoco podemos neutralizar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 326/2012, 26 de abril, 80/2012, 10 de febrero, 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril). El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia ha quedado sobradamente delimitado por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala (cfr. STS 553/2008, 18 de septiembre). Es



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

en ese exclusivo ámbito en el que hemos de valorar las alegaciones de la defensa. Prueba lícita, de significado incriminatorio y racionalmente valorada en la instancia. Estos son los presupuestos que legitiman la formulación del juicio de autoría cuando ésta se proclama más allá de toda duda razonable.

Pues bien, en el presente caso, la sentencia recurrida ha valorado, conforme a los cánones impuestos por el principio de racionalidad en la apreciación probatoria, las pruebas ofrecidas por las acusaciones. Ha otorgado plena credibilidad al testimonio de la víctima, la niña Sonsoles . Y precisamente valora lo que el recurrente considera que no ha concurrido, esto es, la constante versión de la menor en los distintos momentos en los que se ha visto obligada a narrar los hechos padecidos. Así se expresa en el FJ 1º, en el que se glosa el testimonio de Sonsoles ante la Policía Nacional (folios 3, 4, 5, 23, 24, 25, 26 y 27) y en la declaración prestada ante el Juez de instrucción (folios 133 y ss), cuando precisó que los primeros abusos ocurrieron cuando tenía aproximadamente 6 años y se sucedieron en el tiempo hasta los 9 años. La misma línea de denuncia se mantuvo en el plenario, según se refleja en el acta del juicio. La Audiencia, además, descarta cualquier ánimo de resentimiento o enemistad entre la víctima y el acusado. Conforme ambos declararon a lo largo del procedimiento y ratificó la madre de Sonsoles , se conocían sólo de la relación de vecindad que mantenían, existiendo lazos de amistad entre ambos adultos. No ha resultado acreditado, en fin, "... que el móvil de la denuncia fuera el afán de conseguir algún beneficio de tipo económico o de cualquier otro tipo, pues antes de ocurrir los hechos expresados en la relación fáctica de esta sentencia, ni la víctima ni su familia tenían problemas o enemistad alguna con el acusado, al que no conocían con anterioridad".

La STC 9/2011, 28 de febrero recuerda que el testimonio de las víctimas, practicado con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4 ; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3 ; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4 ; 64/1994, de 28 de febrero , FJ 5)" (STC 195/2002, de 28 de octubre , FJ 4).

Se da la circunstancia de que ese testimonio -cuya verosimilitud e integridad han sido reconocidas por los Jueces de instancia- cuenta con otros elementos de corroboración que la misma sentencia describe y que descartan cualquier atisbo de irracionalidad o arbitrariedad en la proclamación del juicio de autoría. En efecto, la madre de Sonsoles , que mantenía relaciones de amistad con el acusado, precisó cómo "... en un momento determinado su hija le



dijo que no quería ir a la casa del acusado <pero no le dijo el motivo>. Se enteró de los hechos cuando su hija en el transcurso de una discusión se los contó, e inmediatamente formuló denuncia en Comisaría". A ello se añade el testimonio de Carina , psicóloga del Colegio Jesús de Nazaret, al que acudía la menor. Narró cómo ésta "... le comentó que hacía años ella había sido objeto de abusos sexuales por parte de un vecino de una casa donde había vivido". Y aclaró que "... conocer los hechos (...) fue un proceso largo, pues Sonsoles tenía mucha ansiedad y angustia cuando comenzó a contarle dichos hechos, le manifestó que no se los quería contar a su madre pues eso le generaba mucha angustia".

En definitiva, el testimonio directo de la víctima -persistente, sin fisuras y sin que consten razones para hacer dudar de su credibilidad-, unido a la declaración de la madre y de la psicóloga del colegio en el que Sonsoles asistía y que fue destinataria de la confidencia sobre los abusos sufridos tiempo atrás, dibujan un cuadro probatorio de la suficiente entidad incriminatoria como para afirmar la autoría de Epifanio .

La Audiencia suma a ese elenco de pruebas de cargo la declaración de la primera mujer y de la hija de ésta, Violeta , quien denunció la práctica de actos masturbatorios en su presencia y tocamientos similares a los sufridos por la denunciante. Manuel , hijo del acusado, narró el encuentro casual con un CD de su padre en el que se contenían imágenes explícitas de "... menores en paños menores", algunas de ellas "... ligeras de ropa y en posturas...". Y los peritos agentes de policía nacional que, con ocasión de otro procedimiento, se incautaron de los ordenadores ocupados en el domicilio del acusado, dieron cuenta de la existencia de imágenes pornográficas de menores en los soportes de los respectivos discos duros. Por estos hechos, sin embargo, se siguió un procedimiento que desembocó en un pronunciamiento absolutorio.

Carece de valor exoneratorio el hecho de que la sentencia -en palabras de la defensa- incurra en una "... imprecisión temporal de las conductas imputadas". No es así. En el juicio histórico se encuadran las secuencias continuadas de tocamientos y caricias en los genitales en el período de tiempo comprendido entre los meses de octubre de 2.000 y finales del año 2.003. Del mismo modo, el episodio que provocó la introducción del pene en la boca de Sonsoles es fijado por la Audiencia "... en fecha no determinada pero entre octubre de 2.002 y octubre de 2.003". Ningún obstáculo detecta esta Sala para derivar de la falta de fijación exacta del día en el que esos hechos se cometieron un argumento exculpatario favorable a Epifanio . Carecería de sentido que el juicio de tipicidad se hiciera depender de la determinación del momento cronológico exacto en el que esos hechos llegaron a acaecer. El cuándo del hecho punible



www.civil-mercantil.com

imputado puede ser decisivo, claro es, a efectos de la prescripción del delito, pero no en términos probatorios, siempre que la existencia misma de la conducta no suscite duda alguna.

El mismo rechazo merecen los argumentos hechos valer por el recurrente para justificar la falta de verosimilitud de la denuncia y las " múltiples contradicciones " en que habría incurrido Sonsoles . La defensa reprocha a ésta que no fuera capaz de "... recordarcon qué frecuencia se producían los tocamientos". Sin embargo, se olvida de que la frecuencia de esas conductas, decisiva para la calificación del hecho como delito continuado, no afecta a la realidad y existencia del hecho mismo. Podemos discutir el número de abusos, pero no la realidad de éstos. También enfatiza la defensa que, en relación al abuso sexual con felación, la testigo no pudo recordar "... si eyaculó o no". Tampoco este dato es decisivo. La eyaculación no añade nada, en términos estrictamente jurídicos, a la prueba del hecho, ni siquiera a su traducción típica. La crítica a la valoración probatoria verificada por los Jueces de instancia también se extiende al hecho de que "... resulta difícil de creer que el acusado planee cometer tales abusos justamente cuando viene su hijo a visitarle y no en otras ocasiones, siendo Sonsoles la hija de la vecina de enfrente". De nuevo se olvida que era precisamente la visita de su hijo Manuel la que daba ocasión y excusa al acusado para sugerir la presencia de la menor en su domicilio, con la excusa de que así podrían jugar.

La defensa aborda un esfuerzo argumental en el desarrollo del motivo para acreditar la posible existencia de razones para la animadversión de los testigos hacia el acusado. Sin embargo, ya hemos apuntado supra cómo la Audiencia ha descartado, con un razonamiento nada extravagante, la existencia de esos motivos espurios que pudieran haber filtrado la denuncia. Ni Sonsoles , ni su madre, ni la psicóloga del colegio al que aquélla acudía y a la que narró los hechos, tenían motivos bastantes para albergar cualquier género de resentimiento frente a Epifanio . Las vicisitudes del divorcio respecto de su mujer - Azucena - y la medida en que este hecho pudiera haber afectado a la credibilidad de los testimonios procedentes de su familia inicial, pasan a un segundo plano. No existe constancia de esas razones, pero ya hemos advertido que, incluso prescindiendo de la aportación probatoria relacionada con la familia del acusado, la arquitectura del juicio de autoría no se resiente en su lógica y coherencia.

B) También se refiere la defensa a la posible " contaminación de las declaraciones testificales", originada porque durante la celebración del juicio oral Sonsoles entró en la sala de testigos comunicando con ellos.



www.civil-mercantil.com

En cuanto a la supuesta ruptura de la regla de incomunicación, conviene traer a colación la doctrina de esta Sala al respecto. En efecto, la STS 112/2012, 23 de febrero, con cita de la STS 570/2002, 27 de marzo, recuerda que el art. 704 de la LECrim dispone que «Los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado ni con otra persona». Esta disposición ha sido interpretada por la jurisprudencia entendiendo que establece obligaciones de actuar de una determinada forma, dirigidas más bien, a los Tribunales, en el ámbito de actuación de las facultades de dirección del juicio oral, orientadas a garantizar la veracidad de los testimonios, evitando acuerdos, reacciones a otras declaraciones y demás posibilidades que podrían afectar negativamente a las declaraciones de los testigos, pero que su incumplimiento, si bien puede alertar a los órganos jurisdiccionales en la valoración de las pruebas practicadas a su presencia, no suponen una sanción de nulidad. Así, la STS de 5 de abril de 1989, señala que: «... el citado art. 704 no establece norma prohibitiva alguna, sino que constituye disposición legal que no puede confundirse con un puro mandato. Su esfera operativa se sitúa en la exigencia de comportamientos (cuyo destinatario es precisamente el órgano jurisdiccional) dirigidos a proporcionar una instrumentación de la veracidad del testimonio, pero ni prohíbe que uno originado en contravención con ella sea producido ni aún impediría, dado el campo del art. 741 citado, que el Tribunal lo tomase en cuenta para formar su convicción. Se trata, en definitiva, de una norma cautelar cuyo incumplimiento no produce otra carga ... o producción de perjuicio que el eventual de la aminoración de credibilidad del testimonio, pero en manera alguna origina una prescripción prohibitiva». En sentido similar, la STS núm. 32/1995, de 19 de enero de 1995, en la que se señala que «la regla del art. 704 LECrim no es una condición absoluta de la validez de la prueba testifical; el significado de su infracción, por lo tanto, depende de los efectos que haya podido tener en cada caso».

En el presente caso, la Sala ha tomado conocimiento del acta del juicio oral (art. 899 LECrim). Ninguna alegación se formuló durante el interrogatorio de la menor acerca de lo que ahora se califica como " contaminación ". Ni se formuló entonces la oportuna reserva ni ahora se razona en qué términos pudo afectar ese contacto -si llegara a haber existido- entre Sonsoles y otros testigos.

C) Tampoco existen razones para cuestionar la corrección del juicio de autoría porque la sentencia no valore la prueba pericial practicada en fase de instrucción al acusado.



www.civil-mercantil.com

El hecho de que, según los forenses que reconocieron al acusado -que, por cierto, no fueron citados a juicio-, no existan antecedentes de trastorno mental en Epifanio , ni presente "... dificultades en el autocontrol de sus actos", no conduce de forma inexorable a negar la existencia de los hechos. Esa conclusión pericial es una más, no la única, de las pruebas que han de ser valoradas por el órgano decisorio (art. 741. LECrim). La prueba pericial, so pena de convertir al perito en un pseudoponente de influencia decisiva en el desenlace jurisdiccional del hecho enjuiciado , no puede ser etiquetada como la regina probatio del proceso penal , de suerte que aquella persona de la que se diga que no tiene dificultades en el autocontrol de sus actos obtenga así una garantía de exoneración para todos aquellos hechos, de una u otra naturaleza, que le puedan ser imputados.

D) La defensa reprocha a los Jueces de instancia que hayan valorado, en perjuicio del acusado, elementos inculpatorios que ya fueron objeto de atención en otros procedimientos. Así habría acontecido con la valoración del informe pericial en el que se dejó constancia de la existencia de archivos pedófilos que, sin embargo, no fueron valorados como elemento inculpatorio en el procedimiento abreviado núm. 302/2011, seguido ante el Juzgado núm. 8 de Leganés, que culminó con una sentencia absolutoria.

No tiene razón la defensa. Con una equívoca mención a una posible vulneración del principio de cosa juzgada, se obvia que ninguna coincidencia existe en el objeto de ambos procedimientos. En el primero, se acusaba a Epifanio de un delito de tenencia de pornografía infantil por el que resultó absuelto. Ahora se trata de enjuiciar los abusos sexuales a los que sometió a Sonsoles . Ninguna interferencia valorativa existe entre uno y otro procedimiento. Lo que ha ponderado la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid es el dictamen de uno de los peritos que afirmó en el plenario haber encontrado archivos de contenido pedófilo en dos de los ordenadores hallados en el domicilio del acusado. Que ese hecho haya dado lugar a una sentencia absolutoria sólo afecta a la pretensión sostenida por el Fiscal en el procedimiento abreviado núm. 302/2011. Pero no excluye la valoración de una prueba pericial que no fue declarada, en modo alguno, ilícita. Sea como fuere, lo cierto es que ese dictamen, cuya idoneidad para integrar la apreciación probatoria de otro proceso no es discutible, carece de la trascendencia que pretende atribuirle la defensa. El eje estructural sobre el que el Tribunal a quo ha construido el juicio de autoría no precisa de la corroboración que ese dato puede aportar. Como ya hemos apuntado supra, el testimonio de Sonsoles y las corroboraciones aportadas por la declaración de su madre, Leocadia , cierran un conjunto



www.civil-mercantil.com

probatorio de suficiente consistencia para descartar la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Tampoco existe obstáculo procesal alguno para valorar el testimonio de Violeta , referido a su propia experiencia cuando era objeto de ataques lascivos por su padre. El que tales hechos estuvieran prescritos -y así fue expresamente declarado por la Audiencia con anterioridad a la apertura del juicio oral- no impide que puedan ser relatados a un órgano jurisdiccional, no para promover la condena de quien no puede ser enjuiciado como autor de los mismos, pero sí para arrojar un perfil sobre el imputado que, dicho sea de paso, cuestiona la solidez de la conclusión pericial que tanto enfatiza la defensa acerca del autocontrol de los actos por parte del acusado.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

Tercero.

El segundo motivo, por la vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim , denuncia error de derecho, indebida aplicación de los arts. 181.1 y 2 , 182.1.1 y 2, en relación con el art. 180.4, todos ellos del CP .

La sentencia recurrida -se precisa- valora doblemente la menor edad. De una parte, para calificar los hechos como integrantes de sendos delitos de abuso sexual no consentido, previstos en el art. 181.2 CP , y abuso sexual sin consentimiento, con penetración bucal, del art. 182.1 y 2. De otra, para apreciar el tipo agravado de prevalimiento. La sentencia no desarrolla argumentalmente la aplicación del art. 180.1.4 del CP .

No tiene razón el recurrente.

La doble incriminación de un mismo hecho encierra un inadmisibles desbordamiento del principio de culpabilidad. Como recordábamos en nuestra STS 487/2007, 29 de mayo , la garantía material que encierra la prohibición del bis in idem, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad y tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, F. 3 ; 180/2004, de 2 de noviembre, F. 4 ; 188/2005, de 4 de julio, F. 1 ; 334/2005, de 20 de diciembre , F. 2).



www.civil-mercantil.com

No es esto, sin embargo, lo que acontece en el presente caso. La sentencia de instancia ha calificado las distintas secuencias fácticas que acoge el juicio histórico como constitutivas de dos delitos distintos.

El primero de ellos, un delito continuado de abusos sexuales de los arts. 181.1 , 2 y 4 y 180.1.4 del CP , en la redacción dada por la LO 11/1999, 30 de abril, vigente al tiempo de comisión de los hechos y más favorable para el acusado. Se trata, por tanto, de un delito en el que se subsumen los tocamientos que la sentencia de instancia da por probados. La ausencia de consentimiento de la víctima no es sino consecuencia de lo previsto en el apartado 2 del art. 181, que en todo caso, considera "... abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años". Al propio tiempo, la cita del art. 180.1.4 del CP , hace entrar en juego el subtipo agravado de prevalimiento que, según se desprende del FJ 2º de la sentencia recurrida, se considera aplicable a la vista de la superioridad de la que se habría aprovechado el acusado.

El segundo bloque de tipos penales aplicados, en atención a la penetración bucal no consentida de la que fue víctima Sonsoles , estaría integrado por los arts. 181.1 y 2, ahora en relación con el art. 182.1 y 2 del CP . Pues bien, este último apartado 2 del art. 182 conduce de nuevo a la aplicación del subtipo agravado de prevalimiento por razón de la superioridad del autor frente a su víctima.

La minoría de edad de Sonsoles y el abuso de superioridad con el que fueron ejecutados los hechos imputados no implican una doble valoración de la misma secuencia fáctica. De lo que se trata no es de considerar dos veces el mismo elemento, sino de graduar la gravedad de una ofensa tan intensa al bien jurídico protegido. Con claridad meridiana la STS 1205/2009, 5 de noviembre , razona que "... la minoría de trece años y el prevalimiento aun siendo convergentes en su relevancia típica para integrar indistintamente el abuso sexual son realidades distintas, de modo que su análoga significación no excluye la diferenciación de sus respectivos fundamentos: el de la edad descansa en la personal limitación de la víctima invalidante de su formal consentimiento mientras que el prevalimiento se apoya en el abusivo aprovechamiento de una relación de superioridad por quien lo obtiene. Son desvaloraciones diferentes y compatibles entre sí de modo que la imposibilidad de apreciar el subtipo agravado de la minoría de trece años previsto en el art. 180.1 3º cuando ésta ya se ha valorado para integrar el tipo genérico del abuso del art. 181-2, y la imposibilidad también de estimar el subtipo de prevalimiento del art. 180-1 4º cuando éste ha fundamentado el tipo del abuso del art. 181-3 del código Penal , no impide que se aprecie sin quebrantar el "ne bis in idem", el tipo



www.civil-mercantil.com

del abuso sexual sobre menor de trece años, precisamente por razón de la edad de la víctima, y simultáneamente el subtipo del prevalimiento cuando además concurre el aprovechamiento por el sujeto de una relación de superioridad facilitadora de la acción por circunstancias distintas de la edad de la víctima. En consecuencia dado que la Sala expresamente dice que hubo prevalimiento del acusado por el abuso de la confianza depositada en él debió apreciar, según ese criterio, el subtipo agravado y no considerar que quedaba absorbido por la gravedad del tipo básico".

En el supuesto que centra nuestra atención -frente a lo que razona la defensa en el desarrollo del motivo-, la Audiencia Provincial explica las razones que justifican un reproche más intenso, derivado de la ausencia de consentimiento por razón de la edad, por una parte, y del aprovechamiento de una relación de superioridad que se generaba de forma cotidiana a la vista de las circunstancias que determinaban la estancia de Sonsoles en el domicilio de Epifanio. Así lo expresan los Jueces de instancia: "... aprovechó las facilidades que le ofrecía la situación de superioridad que le reportaba el ser padre del niño con el que la víctima iba a jugar y ser vecino y amigo de su padre, convirtiendo un acto cotidiano en instrumento de satisfacción de sus instintos sexuales, hubo penetración bucal, al introducir su pena en la boca de la menor, la edad de ésta en aquella época hacía ineficaz cualquier consentimiento que hubiere prestado a la realización de esos actos, y el sometimiento de la menor a tocamientos impúdicos como los relatados constituye indudablemente un intolerable atentado contra su libertad sexual".

En definitiva, la Sala no detecta esa doble incriminación vulneradora del principio de culpabilidad. De ahí la obligada desestimación del motivo (arts. 884.3 y 885.1 del CP).

Cuarto.

El tercero de los motivos, con la misma cobertura, denuncia la indebida aplicación del art. 21.5 del CP .

La defensa aspira a una aplicación de la atenuante de reparación con el carácter de muy calificada y se queja de que la concurrencia de esa circunstancia modificativa no haya sido, sin embargo, ponderada en el momento de la determinación de la pena, aspecto este último que es objeto de desarrollo en el siguiente motivo.

El motivo no es acogible.



www.civil-mercantil.com

Tiene razón el Fiscal cuando sostiene que estamos ante una actitud meramente formal de resarcimiento, sin que aparezca dato alguno que añada a la, por otra parte, tardía reparación económica. La jurisprudencia de esta Sala ha asociado el fundamento material de la atenuante de reparación a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante «*ex post facto*», que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero; 1171/2005, 17 de octubre). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso reparación simbólica, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio; 2/2007, 16 de enero; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

Para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere -decíamos en la STS 868/2009, 20 de julio- que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima. En el presente caso, no existe en el *factum*, ni se desprende de la fundamentación jurídica, dato alguno que justifique atribuir al hecho de consignar 15.000 euros, con anterioridad al juicio oral, el carácter muy cualificado que reivindica el recurrente.

Se impone la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim).



www.civil-mercantil.com

Quinto.

El cuarto motivo denuncia infracción, por su indebida aplicación del art. 66 del CP , en relación con el principio de proporcionalidad.

Se queja la defensa de que los Jueces de instancia no han valorado en la determinación final de la pena la concurrencia de la atenuante de reparación, que obliga a imponer la pena en su mitad inferior.

A) El delito continuado de abusos sexuales de los arts. 181.1.2 y 4, en relación con el art. 180.1.4 del CP , nos sitúa en un arco punitivo inicial de 1 a 3 años de prisión. La aplicación del tipo agravado previsto en el 180.4 del CP, conduce a la mitad superior, es decir, de 2 a 3 años de prisión. A su vez, el carácter continuado del delito obliga a la imposición de la pena en su mitad superior (art. 74.1 del CP), esto es, de 2 años y 6 meses a 3 años. Y por aplicación de la atenuante simple de reparación, procede fijar esa pena en su mitad inferior, esto es, entre 2 años y 6 meses a 2 años y 9 meses (art. 66.1.1 CP). La Audiencia ha fijado la pena de 2 años y 10 meses de prisión, excediendo, por tanto, el umbral exigido legalmente. De ahí la estimación del recurso y consiguiente rebaja de la pena, que será impuesta en el mínimo legal.

B) No sucede lo mismo con el delito de abuso sexual con penetración bucal de los arts. 181.1 y 2, en relación con el art. 182.1 y 2 del CP . Estos nos conducen a un abanico que se sitúa inicialmente en una pena de prisión entre 4 y 10 años que, por aplicación de la regla agravada del apartado 2 del citado art. 182, que exige la imposición de la pena en su mitad superior, se convierte en una pena de 7 a 10 años. Como consecuencia de la obligada apreciación de la atenuante de reparación (art. 66.1 del CP), la franja dosimétrica se coloca entre 7 años y 8 años y 6 meses de prisión. La Audiencia ha impuesto la pena de 7 años, en consecuencia, no ha quebrantado la regla imperativa del art. 66.1 antes citado.

Sexto.

El quinto motivo, con la misma cobertura que los anteriores, aduce infracción de ley, indebida aplicación del art. 116 del CP .

La sentencia ha fijado una indemnización de daños y perjuicios cifrada en 15.000 euros. Sin embargo, el hecho probado no describe ningún daño, ni se ha practicado prueba alguna encaminada a acreditarlo. De hecho, la propia sentencia se refiere a Sonsoles como una "...



www.civil-mercantil.com

niña estable", de acuerdo con el dictamen de la psicóloga del colegio en el que aquella estaba matriculada.

El motivo no puede ser acogido.

La sentencia razona, en su FJ 5º que la cantidad de 15.000 euros se fija "... atendiendo a los perjuicios de todo orden que se han podido ocasionar a la menor por los abusos de que fue objeto, sobre todo en el orden moral, especialmente las alteraciones en su estado de ánimo que le influyen en su desarrollo diario".

Como apunta el Fiscal, se trata de una cuantía que ni es superior a la pretendida por la parte - principio de rogación- ni es injustificada.

En efecto, el discurso del recurrente parece asociar la indemnización por daño moral a la existencia de una patología psíquica como secuela. Llevando a las últimas consecuencias su razonamiento, habríamos de concluir que el carácter estable de una niña víctima de una agresión sexual debería despojarla de cualquier derecho a indemnización. La niña estable, en fin, no podría sufrir un daño moral.

No es éste, sin embargo, el significado del daño moral en la jurisprudencia de esta Sala. La alegación formulada por el recurrente ha sido ya resuelta por esta misma Sala en supuestos similares. La STS 264/2009, 12 de marzo , con cita de la STS 105/2005, 29 de enero , recordaba que, si bien es cierto que el trauma psicológico no aparece recogido en el relato de hechos probados, también lo es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad.

En este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. El daño moral, además, -dice la STS 1366/2002, 22 de julio -, no deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostener la defensa al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.



www.civil-mercantil.com

Y en relación al cuestionado trauma psicológico, debemos insistir en que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos, (SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo , entre otras).

La traducción de estos criterios en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada. Dicho en palabras de la STS 752/2007, 2 de octubre , no es cuestionable la legitimidad de un método de determinación del daño basado en la estimación ponderada y prudencial, en la comprobación de si la traducción en dinero es o no manifiestamente desproporcionada.

Ello no ocurre en el presente caso, en el que la víctima ha tenido que soportar episodios continuados de abuso sexual ejecutados por el padre de su amigo de juegos. De ahí que no exista quiebra ni de las reglas que legitiman la obligación de indemnizar (art. 116 del CP), ni del principio de proporcionalidad en su cuantificación.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Séptimo.

El séptimo motivo sostiene que la resolución recurrida ha aplicado indebidamente el art. 123 del CP , al incluir en la condena en costas las causadas por la acusación particular, pese a que su representación legal no instó ese pronunciamiento.

El motivo -que cuenta con el apoyo del Fiscal- ha de ser estimado.

La jurisprudencia al respecto es clara. Hemos declarado la necesidad de que haya mediado solicitud expresa relativa a la condena en las costas de la acusación particular, pues, en otro caso, el Tribunal incurriría en un exceso respecto de lo solicitado y además, se produciría una imposibilidad de defensa de la parte condenada, que no habría tenido la oportunidad de conocer esa pretensión y, por ende, de alegar contra ella lo que a su derecho convenga (cfr. SSTS 560/2002, 27 de marzo ; 911/2006, 2 de octubre ; 1751/2003, 25 de noviembre



www.civil-mercantil.com

El motivo ha de ser estimado, con la consiguiente anulación de la condena en costas impuestas en la primera instancia respecto de las generadas por la acusación particular.

Octavo.

Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de Epifanio , contra la sentencia núm. 18/2013, fechada el 14 de marzo de 2013, dictada por la Sección Quinta de Audiencia Provincial de Madrid , en el marco del procedimiento ordinario núm. 3/2011, seguido ante el Juzgado de instrucción núm. 36 de Madrid, en causa seguida contra el mismo por un delito de abusos sexuales, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil trece.

Por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento ordinario núm. 3/2011, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 36 de Madrid, se dictó sentencia de fecha 14 de marzo de 2013 , que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

www.cef.es

Másteres Cursos Oposiciones Editorial

Barcelona Madrid Valencia



www.civil-mercantil.com

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por las razones expuestas en los FFJJ 5º y 7º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación de los motivos cuarto y sexto, fijando la pena por el delito de abusos sexuales previsto en los arts. 181.1, 2 y 4 y 180.1.4, en su mínima extensión, atendiendo a la concurrencia de la atenuante simple de reparación.

La falta de petición expresa en la instancia, impide la condena en las costas de la acusación particular.

III. FALLO

Se deja sin efecto la pena de prisión de 2 años y 10 meses, impuesta por el tribunal de instancia a Epifanio y se condena a éste, a la pena de 2 años, 6 meses y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Asimismo dejamos sin efecto la condena en costas de la acusación particular.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, mientras se celebraba 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.