



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 299/2016, de 11 de abril de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1122/2015

SUMARIO:

Abuso sexual. Sujeto activo y pasivo. El acusado realizó varias felaciones a un joven de 14 años. La connotación sexual de los hechos es indiscutible, así como su encaje en el n.º 4 del artículo 181 CP al tratarse de un supuesto de acceso carnal por vía bucal. De acuerdo con doctrina de esta Sala, unánime desde el Pleno no Jurisdiccional de 25 de mayo de 2005, es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder. En definitiva habrá acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo («sujeto pasivo» del delito, pero no de la «relación» ni del «acceso» en los que ostenta el papel de «sujeto activo») a introducirle, en este caso, el pene en la boca. El prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuestos de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta. El artículo 189.4 CP que se aplica (redacción vigente a la fecha de los hechos) castiga a quien hiciera participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad. Pretende el tipo proteger a quienes no han alcanzado el pleno desarrollo de su personalidad, bien por razones de edad o por padecer alguna deficiencia, y por ello carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual, de ahí que sea independiente que haya mediado o no su consentimiento.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 181, 187.1 y 189.4.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.º.

PONENTE:

Doña Ana María Ferrer García.

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Abril de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, interpuesto por el acusado Arsenio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 1ª), los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la EXCMA. SRA. DÑA. Ana Maria Ferrer Garcia; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando el acusado representado por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 3 de Bilbao instruyó Sumario con el número 1288/12 y una vez concluso fue elevado a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bilbao que, con fecha 24 de Marzo de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Queda probado y así se declara que en una fecha no determinada pero en todo caso a mediados del mes de enero de 2011. Jose María , de 14 años (nacido el NUM000 de 1996) y tutelado por la Diputación Foral de Bizkaia, se fugó del hogar en que se hallaba, y se puso en contacto con su amigo Horacio , también menor de edad, (nacido el NUM001 de 1994) al que había conocido en el centro de acogida, con la intención de que le proporcionase información de algún lugar en el que cobijarse.

Horacio le presentó al acusado Arsenio , (nacido el NUM002 de 1976 y con 34 años de edad a la fecha de los hechos) en la estación de Abando de la localidad de Bilbao.

A partir de este momento Arsenio dió cobijo a Jose María en un trastero propiedad de sus padres, durante un mes y medio aproximadamente.

Durante todo este tiempo Arsenio proporcionó a Jose María , alcohol, cannabis, cocaína, dinero, comida y lugar donde vivir a cambio de que el menor se dejara hacer una felación por noche, de forma que el procesado introducía en su boca el pene del menor. Esta situación se repitió al menos en diez ocasiones.

En uno de estos días, el procesado Arsenio presentó a Jose María al también procesado Jesús Ángel , (de 32 años de edad ,nacido el NUM003 de 1978) informándole de que podría conseguir dinero a cambio de prestarle favores sexuales. De esta manera en un día no determinado, Jose María practicó una felación a Jesús Ángel cuando se encontraban en el monte Artxanda a cambio de 90 euros.

Asimismo en esas fechas, el procesado Arsenio , proporcionó cobijo en el citado trastero al menor Horacio , al que conoció por Deusto, cuando este tenía 14 años. Horacio estaba igualmente tutelado por la Diputación y ocasionalmente se fugaba del lugar donde estaba acogido. En esas ocasiones el procesado Arsenio le proporcionaba igualmente marihuana, comida y lugar donde dormir. Buscaba al menor a la salida del colegio y le proporcionaba porros. Al tiempo, el menor era objeto de todo tipo de insinuaciones de carácter sexual por parte de Arsenio , que continuamente se refería a su pene diciendole " mira que gorda la tengo " o lo colocaba sobre la mesa de billar cuando le tocaba jugar al menor o le



www.civil-mercantil.com

instaba a "hacerse pajas" con el lubricante delante de él sin que conste que accediera a sus pretensiones. En una ocasión tras una fiesta cuando el procesado se quedó a solas con Horacio, puso una película de contenido pornográfico y el menor accedió a masturbarse delante de él, mirándole el procesado mientras lo hacía.

Horacio, como consecuencia de los hechos llevados a cabo por Arsenio, presenta un malestar reactivo, recomendándose seguimiento psiquiátrico e intervención psico-social. Esta diagnosticado de trastorno de personalidad y abuso de cannabis.

Arsenio presenta una inteligencia Borderline y un Trastorno de Personalidad con rasgos paranoides prevalentes. Es capaz de conocer la bondad y maldad de actos de elemental moralidad, pero no de anticipar las consecuencias de sus actos a medio-largo plazo. En relación con la presente causa su imputabilidad se encontraría disminuida en base a su limitada capacidad cognitiva.

Mediante auto de fecha 4 de mayo de 2012, se dictó por parte del Juzgado una orden de protección a Arsenio en favor de Jose María y Horacio, de manera que durante la tramitación de la causa no se podía aproximar a ellos a menos de 300 metros, ni a sus familiares, ni se podía comunicar con ellos por cualquier medio o procedimiento.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Arsenio como autor de los siguientes delitos a las siguientes penas:

-Por el delito de abuso sexual continuado a la pena de PRISION DE SIETE AÑOS Y UN DIA e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo. Prohibición de aproximación a la víctima Jose María a distancia inferior a 500 mts y comunicación por cualquier medio o procedimiento por tiempo de 8 años.

-Por el delito de prostitución de menores a la pena de PRISION DE UN AÑO e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo. Prohibición de aproximación a la víctima Jose María a distancia inferior a 500 mts y comunicación por cualquier medio o procedimiento por tiempo de 2 años Y MULTA DE DOCE MESES CON CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS.

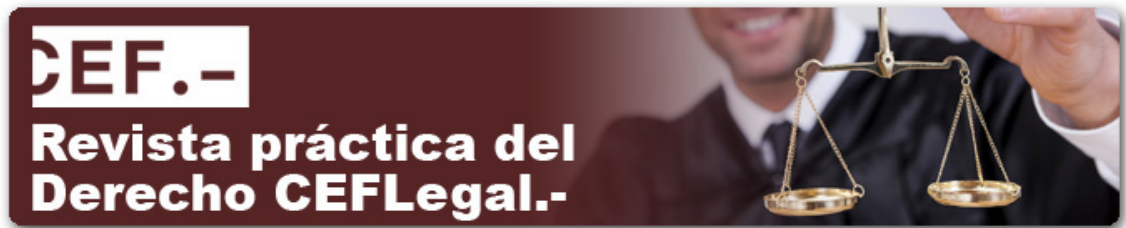
-Por el delito de corrupción de menores a la pena de PRISION DE SEIS MESES e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo. Prohibición de aproximación a la víctima Horacio a distancia inferior a 500 mts y comunicación por cualquier medio o procedimiento por tiempo de un año y seis meses.

Se impone asimismo la Medida de libertad vigilada a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, de cinco años de duración.

Deberá indemnizar a Jose María en la cantidad de 3000 euros y a Horacio en la cantidad de 1000 euros.

Abono de costas.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Jesús Ángel como autor de un delito de prostitución de menores a la pena de PRISION DE UN AÑO Y SEIS MESES INHABILITACION ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL MISMO TIEMPO Y MULTA DE 15 MESES CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS así como prohibición de aproximarse a Jose María a menos de 500 metros y de comunicarse con él durante dos años y seis meses.



www.civil-mercantil.com

Medida de libertad vigilada a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad de un año de duración.

Abono de costas.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el acusado Arsenio , que su tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación de Arsenio , basa su recurso en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Primero: Por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ por vulneración del principio "in dubio pro reo" y del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE en la aplicación por el Tribunal de las reglas sobre la valoración de la prueba.

Segundo: Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 181.1.3.4 y 74 CP en relación con Jose María .

Tercero: Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 189.4º C en relación con Horacio .

Quinto.

El Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 16 de junio de 2015, evacuando el trámite que se le confirió, interesó la inadmisión del recurso y subsidiariamente la impugnación de sus motivos.

Sexto.

Por Providencia de 11 de Enero de 2016 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos señalándose para su deliberación y decisión el 2 de Febrero de 2016. Por Providencia de fecha 28 de marzo de 2016 se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal a los efectos señalados en la disposición transitoria tercera de la Ley 1/2015 de 30 de marzo , y en particular a la eventual aplicación del artículo 183.bis C, sobre los hechos que afectan a Horacio . Evacuado dicho traslado por escrito de fecha 6 de abril en el que el Fiscal interesa por imperativo legal, absolver al acusado respecto de los hechos de los que fue víctima Horacio .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia el 24 de marzo de 2015 por la que condenó a Arsenio como autor de los delitos de abuso sexual continuado,



www.civil-mercantil.com

prostitución de menores y corrupción de menores, de los que fue acusado por el Ministerio Fiscal.

Por el acusado Arsenio se interpuso recurso que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal y que pasamos a analizar.

Segundo.

El primer motivo de recurso, al amparo de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ , denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo. Cuestiona el recurrente el valor probatorio que la Sala sentenciadora otorgó a las declaraciones inculpatorias de los dos menores implicados en los hechos.

Según doctrina de esta Sala (entre otras SSTS 383/2014 de 16 de mayo ; 596/2014 de 23 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre ; 881/2014 de 15 de diciembre y 375/2015 de 2 de junio) la invocación en casación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala ha mantenido que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción tras el examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.



Tercero.

Lo que cuestiona el recurso es la racionalidad de la valoración probatoria que realizó el Tribunal sentenciador, en cuanto que se otorgó al testimonio de las víctimas, las dos menores de edad a la fecha de los hechos, suficiencia para desvirtuar el derecho que al acusado asiste a ser presumido inocente.

La prueba de cargo en relación a los hechos se ha centrado en la declaración testifical de los dos jóvenes afectados, lo que es habitual en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Son conductas delictivas respecto a las que, debido al componente personalista que presentan y los espacios de intimidad en que se suelen perpetrar, no es fácil que exista la posibilidad de contar con otras pruebas personales distintas para acreditar el núcleo del hecho delictivo. Por lo tanto, ha de partirse del análisis del testimonio de la persona que figura como víctima, sin perjuicio de complementarlo con otros datos probatorios accesorios que lo corroboren o desdigan (entre otras SSTS 61/2014 de 3 de febrero o 274/2015 de 30 de abril, entre otras).

En definitiva, se trata de prueba testifical y la credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración. La lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Cuarto.

La Sala sentenciadora afronta la valoración del testimonio de ambos menores de manera que permite concluir que supera el triple parámetro expuesto.

Parte de la situación de ambos testigos cuando ocurrieron los hechos, los dos tutelados por la Administración y fugados del centro o piso de menores en el que estaban acogidos. Y descarta cualquier extremo que pueda operar como cause de incredibilidad subjetiva, que tampoco fue cuestionada por la defensa. Al respecto destaca que los menores, aunque calificaron al acusado de "pederasta", también reconocieron que siempre los trató bien, lo que



www.civil-mercantil.com

le sirvió para ganarse su confianza. La Sala sentenciadora aprecia igualmente persistencia en la incriminación, en cuanto se descartan contradicciones y se afirma que el relato que ambos menores proporcionan presenta " estructura lógica, tiene sentido global y coherencia interna ", sin observar ninguna parte contradictoria. Añade que ubican espacial y temporalmente los hechos, y aportan respecto a los mismos datos incluso superfluos.

Desde el punto de vista de las corroboraciones explica la sentencia que el testimonio de los menores se refuerza mutuamente y así "aunque el acusado afirma que no proporcionó cobijo alguno a Jose María , ambos menores mantienen que han estado en el trastero, en el que refieren había un colchón en el suelo y en el que ambos han pernoctado. De la misma forma aunque el acusado niega haber proporcionado droga, comida o regalos a los menores ambos mantienen que el acusado les proporcionaba la droga que necesitaban (en el caso de Jose María marihuana o cocaína y en el de Horacio solo porros) y les invitaba a comer o les proporcionaba alojamiento cuando lo precisaban (en el caso de Jose María durante un mes y medio y en el caso de Horacio ocasionalmente). Por último, ninguno de ellos tuvo conocimiento en el momento en que ocurrieron los hechos de lo que le estaba pasando al otro, lo que refuerza la eficacia corroboradora que debe otorgarse a sus testimonios. Los hechos sufridos por Jose María (relaciones continuadas realizadas por el acusado) impactan de forma profunda en el ánimo del menor Horacio , de forma que cuando ese mismo día o al día siguiente se encuentra con Arsenio mantiene una discusión, que finalmente provoca su ingreso hospitalario".

Igualmente se valora como elemento de corroboración respecto al papel que jugó el acusado en relación a los hechos que protagonizó Jesús Ángel , el reconocimiento de los mismos por parte de éste. Y por último, en lo que respecta a Horacio , su propia reacción una vez tomó conocimiento de que el acusado había abusado de su amigo, a consecuencia de lo cual estalló en una crisis de ansiedad que dio lugar a su ingreso hospitalario.

Quinto.

Aunque el motivo se enuncia en relación a la declaración de los dos menores implicados, el desarrollo incide exclusivamente en la de Jose María .

Con carácter genérico denuncia el que no se haya practicado una pericial sobre la credibilidad del testimonio, aunque no anuda ninguna consecuencia a su ausencia.

Ciertamente la práctica de este tipo de pericias es habitual cuando la única prueba de cargo con la que se cuenta es el testimonio de menores, y especialmente en relación a hechos de contenido sexual en los que es habitual que se de esa situación. Sin embargo su ausencia no deja huérfano de corroboración un testimonio ni merma su fuerza acreditativa.

El dictamen sobre credibilidad, como prueba pericial que es, ofrece una herramienta que auxilia al tribunal en la función valorativa que le corresponde, de especial importancia cuando se trata de testigos de muy corta edad, por sus limitaciones en el recuerdo, en su capacidad de entendimiento y asimilación de determinados comportamientos y su vulnerabilidad a la sugestión. Presupuestos que no se aprecian en este caso en quien ya había alcanzado la mayoría de edad cuando declaró en el acto del juicio y lo hizo en relación a hechos acaecidos cuando contaba catorce años, edad en la que cabe presumir madurez y capacidad de comprensión suficientes para interpretar las experiencias vividas y reconstruirlas en un relato coherente.

Apunta el recurso que tal pericia habría sido recomendable dado el perfil delincencial del Jose María , al que el otro testigo menor le atribuyó el aprovecharse de la gente. Se trata de elementos con los que el Tribunal sentenciador contó a la hora de valorar ese testimonio, y que no requieren de especiales conocimientos técnicos para ser interpretados.



www.civil-mercantil.com

Considera el recurrente falta de lógica que el menor pernoctara en casa de quien le obligaba a mantener contactos sexuales in consentidos, o que no se los contara a su amigo, de lo que deduce que aquellos no existieron o fueron consentidos. Sin embargo tales afirmaciones no pueden desvincularse de la dinámica de los hechos. Es decir, de todo el comportamiento que el acusado desarrolló para mover la voluntad del menor, proporcionándole alcohol, cannabis, cocaína, dinero, comida y un lugar donde vivir precisamente para ganarse su confianza y generar una relación de dependencia que propiciara los hechos.

Apunta como elemento de sospecha que el joven Jose María tardara más de un año en denunciar los hechos, sin embargo este extremo es especialmente analizado por la Sala sentenciadora que lo descarta como determinante de incredulidad. Precisamente porque consideró que los hechos enjuiciados afloraron de manera natural al relatarlos el menor Jose María a un educador del centro de acogida dependiente de la Diputación Foral de Bizkaia, y paralelamente al otro perjudicado Horacio . Y concluyó " el cómo se revelan los hechos y la ausencia de motivos que justifiquen una acusación falsa, refuerza la validez del relato".

Respecto a los hechos que sustentan la condena por un delito de corrupción de menores, no considera el recurso lógico que si el acusado le indicó a Jesús Ángel que podía conseguir favores sexuales del menor, luego acudiera junto a Jose María a realizar pintadas en su casa tachándole de pederasta. No puede perderse de vista que la intermediación de Arsenio entre el menor y Jesús Ángel , quien ha resultado condenado por delito de prostitución de menores, fue reconocida por éste mismo. En cualquier caso el incidente de las pintadas fue igualmente analizado por la Sala sentenciadora y que concluyó que "esta situación tan ambivalente y contradictoria la que provoca que el menor abandonara la relación que venía manteniendo con Arsenio ".

En definitiva a la vista de lo expuesto queda patente que la sentencia cuestionada ha construido su relato fáctico y su pronunciamiento respecto a la intervención que en el mismo se atribuye al recurrente y su culpabilidad, a partir de prueba regularmente obtenida y de bastante contenido incriminatorio, legalmente practicada, suficiente y razonablemente valorada, por lo que no se aprecia infracción del derecho de aquel a ser presumido inocente.

Sexto.

La invocación que de manera subsidiaria realizó el recurrente del principio in dubio pro reo carece de la virtualidad que pretende. Tanto el Tribunal Constitucional (STC 147/2009 de 15 de junio entre otras) como esta Sala (entre otras STS 277/2013 de 13 de febrero o 542/2015 de 30 de septiembre) hemos afirmado que el principio in dubio pro reo opera en casación cuando la Sala que presencié las pruebas condena pese a tener dudas, pero no sitúa al órgano de fiscalización en la posición de interrogarse si él tiene dudas; solo deberá comprobar que el Tribunal de instancia condenó sin tener dudas.

Como dijeron las SSTS 675/2011 de 24 de junio , 999/2007 de 26 de noviembre y 939/1998 de 13 de julio, el principio in dubio pro reo puede ser invocado para fundamentar la casación cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al Tribunal que dude, ni para pedir a los jueces que no duden. La duda del Tribunal, como tal, no es una cuestión revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda. Y hemos precisado más recientemente que ese principio, plenamente integrado en el contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia, siempre que exista una duda objetiva, impone el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.



www.civil-mercantil.com

En este caso el Tribunal sentenciador no manifestó duda alguna, y, tal y como hemos señalado, lo hizo a partir de prueba legalmente obtenida, válidamente introducida en el proceso, suficiente y razonablemente valorada, en definitiva idónea para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

Séptimo.

El segundo motivo de recurso, por cauce del artículo 849.1 LECrim denuncia aplicación indebida de los artículos 181.1.3 y 4 y 74 del CP .

El recurrente considera que en este caso no se existió el prevalimiento que el tipo aplicado exige. Que el menor accedió libremente a dejarse masturbar, que el mismo en su declaración señaló que ambos dos, acusado y él mismo, se utilizaban recíprocamente y que él se aprovechaba de que le diera alojamiento, comida y droga gratis. Concluye que no existió abuso de una posición preminente por su parte, sino que entabló entre acusado y víctima una relación entre iguales. A tal fin pone el acento en la inteligencia borderline del acusado y en la falta de una prueba pericial que constatará la situación de vulnerabilidad que se le reconoce a la víctima.

El cauce casacional utilizado exige el respeto al relato de hechos probados. El fragmento que sustenta la calificación ahora combatida afirma que una vez el acusado conoció Jose María , que contaba entonces 14 años y se acababa de fugar de un centro de acogida, le dio cobijo en un trastero de casa de sus padres, durante un mes y medio aproximadamente. Durante ese periodo " Arsenio proporcionó a Jose María , alcohol, cannabis, cocaína, dinero, comida y lugar donde vivir a cambio de que el menor se dejara hacer una felación por noche, de forma que el procesado introducía en su boca el pene del menor. Esta situación se repitió al menos en diez ocasiones."

La connotación sexual de los hechos es indiscutible, así como su encaje en el nº 4 del artículo 181 CP al tratarse de un supuesto de acceso carnal por vía bucal. Tal y como razonó el Tribunal sentenciador, de acuerdo con doctrina de esta Sala, unánime desde el Pleno no Jurisdiccional de 25 de mayo de 2005 (SSTS 909/2005 de 8 de julio , 476/2006 de 2 de mayo , 1295/2006 de 13 de diciembre , 575/2010 de 10 de mayo y 803/2014 de 28 de octubre a la que alude la Sala sentenciadora), es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder. En definitiva habrá acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo ("sujeto pasivo" del delito, pero no de la "relación" ni del "acceso" en los que ostenta el papel de "sujeto activo") a introducirle, en este caso, el pene en la boca.

El recurrente, aunque no admite los hechos, no cuestiona la calificación jurídica en este aspecto. Donde difiere es en la apreciación de prevalimiento. Como ya hemos adelantado entiendo que las felaciones de que fue objeto el menor fueron aceptadas por él a partir de un consentimiento que no puede entenderse viciado.

El prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003 de 18 de septiembre ; 935/2005 de 15 de julio ; 785/2007 de 3 de octubre ; 708/2012 de 25 de septiembre ; 957/2013 de 17 de diciembre o 834/2014 de 10 de diciembre) que el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuestos de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta



situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta. De esta forma, la especial situación de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento.

En este caso la Sala sentenciadora entendió que existió ese prevalimiento, esa situación de superioridad de la que se aprovechó el acusado a partir de la diferencia de edad con la víctima (tenían a la fecha de los hechos 34 y 14 años respectivamente), y por la vulnerabilidad en que se encontraba la víctima, inferencia que no puede considerarse errónea a partir de los datos contrastados que se recogen en el apartado de hechos probados.

El menor estaba tutelado por la Administración, lo que de por sí implica un entorno con deficiencias afectivas y desequilibrio emocional y personal. No solo eso, sino que los hechos se producen aprovechando que el mismo se acababa de fugar del centro donde estaba internado, lo que es exponente de una clara inestabilidad y suma a las carencias expuestas la urgente necesidad de proveerse de alojamiento y manutención. En ese momento entra en escena el acusado que no solo le soluciona esos problemas, sino que además satisface su demanda de tóxicos, evitando así que se los haya de procurar por otras vías. En ese contexto, le facilita alcohol, hachís y cocaína. Indudablemente todo ello contribuyó a generar una relación, aparentemente de amistad y confianza, pero que realmente lo fue de dependencia para el joven, quien a cambio de recibir lo que precisaba para calmar sus necesidades y adicciones, se involucró y protagonizó como sujeto pasivo los actos de contenido sexual que el acusado le propuso.

La Sala sentenciadora resaltó un dato revelador: el acusado no consumía drogas, pero sí se las facilitó a los menores. En definitiva se produjo una situación de desequilibrio aun cuando el menor, según el recurso, tuviera un perfil delincucional y el acusado una inteligencia borderline, que sin embargo le habilitó para generar la situación de dependencia descrita, que coartó la libertad del joven y de la que el recurrente se aprovechó de manera continuada para satisfacer sus impulsos eróticos. A este respecto, según la prueba pericial practicada, las limitaciones del Sr. Arsenio no le impedían conocer la ilicitud de sus actos cuando eran de una moralidad elemental, y de ésta condición eran los que ahora analizamos, sin perjuicio de que la incidencia de aquellas limitaciones y sus efectos asociados en el control de sus impulsos hayan servido de base a la estimación de una circunstancia de atenuación, aspecto que el recurso no cuestiona.

En definitiva no se aprecia error alguno en la inferencia que realiza la Sala sentenciadora a partir de los hechos que declaró probados, con base en una prueba que, tal y como señalamos al resolver el anterior motivo, fue idónea y suficiente a los fines de desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado, sin que la falta de la prueba pericial en la que insiste el recurrente afecte a las conclusiones expuestas, que se acomodan a las reglas de la lógica y la experiencia. Concurren pues los presupuestos del tipo penal que la Sala sentenciadora ha aplicado, por lo que el motivo se desestima.

Octavo.

El tercer motivo de recurso, también por cauce del artículo 849.1 LECrim, denuncia la aplicación indebida del artículo 189.4 CP en relación con Horacio.

Sostiene el recurrente que de las declaraciones de la víctima no se desprende que el Sr. Arsenio le incitara a masturbarse o se lo propusiera. Asimismo, que es necesario acreditar



www.civil-mercantil.com

que el hecho sexual ha perjudicado el desarrollo de la personalidad del joven, lo que, en su opinión, no consta.

Ya hemos señalado que el cauce casacional por el que se opta obliga a respetar el relato de hechos de la sentencia impugnada. Sobre el extremo que ahora se combate se declaró probado lo siguiente:

"Asimismo en esas fechas, el procesado Arsenio , proporcionó cobijo en el citado trastero al menor Horacio , al que conoció por Deusto, cuando este tenía 14 años . Horacio estaba igualmente tutelado por la Diputación y ocasionalmente se fugaba del lugar donde estaba acogido. En esas ocasiones el procesado Arsenio le proporcionaba igualmente marihuana, comida y lugar donde dormir . Buscaba al menor a la salida del colegio y le proporcionaba porros. Al tiempo, el menor era objeto de todo tipo de insinuaciones de carácter sexual por parte de Arsenio , que continuamente se refería a su pene diciéndole " mira que gorda la tengo " o lo colocaba sobre la mesa de billar cuando le tocaba jugar al menor o le instaba a "hacerse pajas" con el lubricante delante de él sin que conste que accediera a sus pretensiones. En una ocasión tras una fiesta cuando el procesado se quedó a solas con Horacio , puso una película de contenido pornográfico y el menor accedió a masturbarse delante de él, mirándole el procesado mientras lo hacía.

Horacio , como consecuencia de los hechos llevados a cabo por Arsenio , presenta un malestar reactivo, recomendándose seguimiento psiquiátrico e intervención psico-social. Esta diagnosticado de trastorno de personalidad y abuso de cannabis."

El artículo 189.4 CP que se aplica (redacción vigente a la fecha de los hechos) castiga a quien hiciera participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad. Pretende el tipo proteger a quienes no han alcanzado el pleno desarrollo de su personalidad, bien por razones de edad o por padecer alguna deficiencia, y por ello carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual, de ahí que sea independiente que haya mediado o no su consentimiento.

Lo relevante es que los actos de contenido sexual, realizados por quien no ha culminado su proceso de maduración, tengan entidad suficiente para perjudicar la evolución o desarrollo de la personalidad en formación. Desde la perspectiva de su indemnidad sexual entendida como el derecho a no verse involucrados en un contexto sexual, y de su dignidad, se pretende proteger a menores y discapaces de prácticas que, por producidas en un momento incipiente de su maduración, son susceptibles de incidir nocivamente en la formación de su personalidad, no sólo en la esfera sexual, sino en general.

En este caso con arreglo al relato que se ha transcrito queda claro que el acusado hizo participar al menor concernido en un comportamiento inequívocamente sexual. Le sometió a continuas insinuaciones de carácter erótico, con exhibición de los genitales e invitación a la masturbación, producidas a partir de la relación de confianza que había conseguido crear al recogerle cuando abandonó el centro en el que estaba ingresado, y satisfacer sus necesidades, entre ellas el consumo de hachís. De esta manera se fue fraguando una relación que fue el caldo de cultivo que propició que finalmente el joven cediera a las insinuaciones de su acogedor y se masturbara delante de él cuando ambos estaban viendo una película pornográfica.

Lo que cuestiona el recurrente en primer lugar es que los hechos ocurrieran tal y como fueron relatados, y de esta manera ataca la valoración que de la declaración del testigo realizó la Sala sentenciadora, cuestión que ya abordamos al resolver el primer motivo de recurso, y que desborda los contornos del cauce casacional utilizado. En cualquier caso la Sala diseccionó este testimonio, y realizó una interpretación ponderada del mismo hasta concretar



los hechos en los términos en que lo hizo, tras haber rechazado acusaciones de mayor gravedad. Ello permite confirmar la racionalidad de su proceso valorativo.

En segundo lugar sostiene que no se ha acreditado que los comportamientos de carácter sexual aludidos hubieran afectado el proceso de desarrollo personal del acusado. Sin embargo, por su entidad y las circunstancias en que se desarrollaron los acontecimientos, es evidente su potencialidad para producir los efectos nocivos en la evolución y desarrollo personal del menor que el tipo exige, de ahí que el juicio de inferencia que realiza la Sala sentenciadora se acomode a parámetros lógicos. Porque además existe un dato que objetiva la incidencia de los acontecimientos en el desarrollo evolutivo de Horacio, la explosión emocional que tuvo en reacción a los mismos. Tanto que hubo de recibir apoyo psiquiátrico y psicosocial. Aun admitiendo la mayor incidencia en esta reacción de las patologías que se le diagnosticaron, y especialmente del consumo de hachis que el acusado le suministró, no cabe duda que los hechos de contenido sexual desarrollados en mismo contexto también tuvieron su virtualidad ante una personalidad inmadura y muy vulnerable, que de esta manera se vio afectada en su proceso de formación.

Noveno.

La entrada en vigor de la reforma operada en el CP por efecto de la LO 1/2015 obliga a efectuar la correspondiente comparación normativa a los efectos de determinar qué legislación pudiera resultar más favorable al acusado, y en caso de serlo la nueva, proceder a su retroactiva aplicación.

El delito de abuso sexual del artículo 181.1,3 y 4 no se ha visto afectado en su redacción y la entrada en juego del nuevo artículo 183 en atención a la edad de la víctima (menor de 16 años) atraería mayor penalidad.

En cuanto al delito del artículo 187.1 CP por el que igualmente se le condena, su contenido se encuentra incluido entre las modalidades que contempla el nuevo artículo 188.1 párrafo segundo (por ser la víctima menor de 16 años) con una penalidad muy superior.

Donde mayores cambios se han producido es en relación al tipo previsto en el artículo 189.4 CP como uno de los delitos de corrupción de menores. Ese precepto ha encontrado su réplica en el nuevo artículo 183 bis que castiga con pena de prisión de seis meses a dos años "al que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis a participar en un comportamiento de naturaleza sexual...". En principio el tipo explicita que los hechos deben responder a una finalidad sexual y no exige ningún efecto en la evolución del menor, aunque la virtualidad del comportamiento a tal fin debe presuponerse. Sin embargo limita la tipicidad del comportamiento a que la víctima sea menor de dieciséis años, por lo que rebasado ese límite de edad el comportamiento es atípico.

En este caso, cuando ocurrieron los hechos que afectaron a Horacio, en fecha no concreta pero a partir de enero de 2011, aquél, que nació el NUM001 de 1994, ya había cumplido los 16 años, por lo que con arreglo a la nueva regulación que deviene como más favorable en retroactivamente aplicable, son atípicos. En atención a lo cual habremos de dejar sin efecto la condena que fue impuesta en relación al delito del derogado artículo 189.4, que afectará también a los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil que tenían su base en el mismo. Ante la inexistencia de delito no puede hablarse de una responsabilidad asociada al mismo.

En atención a lo expuesto el último motivo de recurso se va a considerar estimado.



www.civil-mercantil.com

Décimo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim procede declarar de oficio las costas de este recurso.

III. FALLO

Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Arsenio contra la Sentencia de fecha 24 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1^a, anulando en parte la misma y declarando de oficio las costas procesales en esta instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Antonio del Moral Garcia D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a once de Abril de dos mil dieciséis.

Por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el Rollo Procedimiento Abreviado núm. 81/2012, se dictó sentencia de fecha 24 de marzo de 2015, que ha sido casada y anulada en parte 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 de la Excm. Sra. Dña. Ana Maria Ferrer Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo expuesto en la sentencia que antecede procede dejar sin efecto la condena de Arsenio como autor de un delito del artículo 189.4 CP en redacción anterior a la LO 1/2015, por ser los hechos sobre los que se basó atípicos con arreglo a la legislación actualmente en vigor.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

La absolución lleva consigo la de la correspondiente responsabilidad civil dimanante de tales hechos. No afectará sin embargo a la medida de libertad vigilada en cuanto que no se han alterado los presupuestos para su imposición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 CP .

La absolución conllevará la declaración de oficio de un tercio de las costas procesales de la primera instancia.

III. FALLO

Absolvemos a Arsenio del delito de corrupción de menores ejecutado en la persona de Horacio por el que fue condenado por la sentencia de fecha 24 de marzo de 2015 dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya , en el rollo penal ordinario 81/2012 y de la responsabilidad civil aparejada al mismo, declarando de oficio una tercera parte de las costas procesales de la primera instancia. Ratificamos en los restantes extremos la referida sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Antonio del Moral Garcia Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dª. Ana Maria Ferrer Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, 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.