



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 382/2016, de 4 de mayo de 2016*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 1928/2015*

#### **SUMARIO:**

**Medidas de seguridad. Principio acusatorio.** La adopción de las medidas de seguridad en los supuestos de alteración de la capacidad de culpabilidad y su imposición por parte del Tribunal, escapa a las exigencias y presupuestos asociados al principio acusatorio pues el principio no puede regir en relación con las medidas de seguridad, consecuencia de la peligrosidad del sujeto, como si se tratase de la imposición de una pena, sistema dual que opera en planos distintos. Cuestión diferente es que la persona sujeta a las mismas, goce del necesario derecho de defensa que ha de resolverse asegurando la vigencia del principio de contradicción. Así el art 787.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que, ni siquiera en caso de conformidad entre acusación y defensa de acusado quedará el Tribunal vinculado en lo que concierne a la «adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal». Entre las cuales se encuentra la de internamiento psiquiátrico.

#### **PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20, 95, 101, 102, 103, 104.1, 178, 179, 181.1 y 182.2.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 787.5.

Constitución Española, art. 24.

#### **PONENTE:**

*Don Manuel Marchena Gómez.*

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil dieciséis.

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 Gonzalo , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección Sexta) de fecha 17 de septiembre de 2015 en causa seguida contra Gonzalo , por delito de agresión sexual, 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 y el recurrente representado por el procurador D. Jaime González Minguez. Siendo magistrado ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

#### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

El Juzgado de instrucción núm. 3 de San Bartolomé de Tirajana, instruyó sumario 1/2011, contra Gonzalo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección Sexta) rollo sumario: 7/2011 que, con fecha 17 de septiembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Probado y así se declara que en la tarde del día 29 de enero de 2009, el procesado Gonzalo , se encontró en la puerta de su casa sita en la calle DIRECCION000 número NUM000 de San Bartolomé de Tirajana, con su vecina Amelia , quién residía en el domicilio contiguo, nacida el NUM001 de 1996 y agarrándola del brazo le introdujo de dentro de su domicilio con ánimo de atentar contra su libertad sexual, cerrando la puerta con llave, y conduciendo a Amelia hacia un tresillo, bajándose el procesado los pantalones y la ropa interior, haciendo lo mismo Amelia por el temor que sentía, penetrándola vaginalmente el procesado quién eyaculó en su interior, verificada la agresión el procesado abrió la puerta y permitió a Amelia abandonar el domicilio.

SEGUNDO.

Igualmente se declara probado que como consecuencia de los hecho (sic) Amelia quedó embarazada, dando a luz el NUM002 una niña que falleció al instante por las circunstancias en las que se produjo el alumbramiento, practicándose prueba de ADN que atribuyó la paternidad al procesado Gonzalo .

TERCERO.

Del mismo modo se declara probado que en el momento de los hechos el procesado tenía sus facultades intelectivas y cognitivas levemente disminuidas al padecer desde el nacimiento un retraso mental leve. Habiéndole reconocido en sede administrativa la incapacidad permanente absoluta por resolución de 29 de junio de 2009, siéndole atribuido un grado de discapacidad del 82% por resolución de 23 de enero de 2014 por retraso mental moderado, discapacidad expresiva y hemiplejía derecha, siendo judicialmente declarado incapaz por sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de San Bartolomé de Tirajana".

**Segundo.**

La Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Sexta, dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Gonzalo , como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual, a la pena de CUATRO DE PRISIÓN y la prohibición de aproximarse a Amelia a su domicilio y en su caso a su lugar de trabajo, así como comunicarse con la misma por cualquier medio directa o indirectamente, durante SEIS AÑOS, con la imposición de las costas devengadas.

Gonzalo indemnizará a Amelia en la cantidad de 20.000 euros a cada uno, con aplicación de los intereses previstos en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Abónese al penado el tiempo que hubiera permanecido en prisión provisional por esta causa.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Notifíquese esta Sentencia a las partes, y a los ofendidos por el delito haciendo saber que frente a la misma cabe preparar recurso de casación ante este (sic) Sala en el plazo de cinco días" (sic) .

**Tercero.**

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.

**Cuarto.**

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

I y IV.- Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE . II.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error de hecho en la apreciación de la prueba. III.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por inaplicación indebida de la eximente del art. 20.1 del CP .

**Quinto.**

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 21 de diciembre de 2015 evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

**Sexto.**

Por providencia de fecha 6 de abril de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento dela deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

**Séptimo.**

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 27 de abril de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**

La sentencia de fecha 17 de septiembre de 2015, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas , condenó al acusado Gonzalo como autor de un delito de abuso sexual a la pena de 4 años de prisión y la prohibición de aproximarse a Amelia a su domicilio y lugar de trabajo, así como comunicarse con la misma por cualquier medio, directa o indirectamente, durante 6 años.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Contra esa sentencia se interpone recurso de casación por la representación legal del acusado. Se formalizan cuatro motivos.

#### **Segundo.**

Los motivos primero y cuarto, con invocación de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncian infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

A juicio de la defensa, la valoración probatoria de la Audiencia Provincial se distancia de la racionalidad y congruencia exigibles en todo razonamiento judicial. Los Jueces de instancia han olvidado el móvil de resentimiento y enemistad que animó en todo momento la declaración de la víctima, Amelia . Esa enemistad surgió -se razona- cuando ésta comprobó que una vez transcurridos unos meses del contacto sexual, se había quedado embarazada. Se pregunta el Letrado si las limitaciones físicas de su defendido son compatibles con una acción violenta tal y como fue descrita en la denuncia. En su escrito de formalización se incluye una glosa crítica acerca de las declaraciones de la madre de la víctima y se pretende obtener del dictamen de los peritos el apoyo suficiente para descartar cualquier género de actuación atentatoria de la indemnidad sexual de Amelia . En síntesis, la falta de credibilidad en la narración de los hechos, tal y como fueron presentados ante el Juez y el Tribunal -la propia sentencia cuestiona la credibilidad subjetiva de la víctima, hasta el punto de no aceptar su versión íntegra de los hechos-, obligan a dejar incólume el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

El segundo motivo se hace valer al amparo del art. 849.2 de la LECrim . Denuncia infracción de ley, por errónea valoración de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del juzgador.

Los documentos invocados -ajenos, por cierto, al significado casacional de documento-acreditarían que nunca hubo acceso carnal violento, que se trató de un acto voluntario, imposible de concebir "... sin colaboración y consentimiento por parte de la víctima".

El tercero de los motivos sirve de base al recurrente para reivindicar, con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim , infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el art. 178, en relación con el art. 179 del CP .

El enunciado del motivo -que por error incluye la cita del art. 849.2 de la LECrim - no es congruente con su propio enunciado. Se alega error de subsunción en la aplicación de los arts. 178 y 179 del CP . Sin embargo, no son esos los preceptos aplicados por la Audiencia, que condenó al acusado por los delitos previstos en los arts. 182.2 y 181.1 del CP . Además, el desarrollo argumental se olvida de esa mención y centra su interés en la errónea inaplicación del art. 20 del CP . Estima el recurrente que el grado de afectación en las capacidades intelectual y volitiva que padece el acusado Gonzalo , debería haber conducido a su absolución por falta de imputabilidad. Añade en su discurso impugnativo: "... y es de justicia solicitar desde este momento y tal cual recoge el artículo 20 del CP mencionado, que en aquellos supuestos donde se den las circunstancias de los tres primeros números del artículo, se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en el Código y que el Magistrado ponente de la sentencia, con excelente criterio, deja apuntado en la parte final de la página 9 de la misma".

#### **Tercero.**

Son, pues, cuatro motivos de disidencia que, con marcado distanciamiento de las reglas que disciplinan el recurso de casación penal y con un visible desorden sistemático, formulan una crítica abierta a la resolución que es objeto de recurso. La discrepancia se hace descansar en tres bloques argumentales: la falta de racionalidad del proceso valorativo del



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Tribunal de instancia, la inaplicación de una medida de seguridad que los propios Magistrados de la Audiencia reconocen que habría sido deseable y la indebida subsunción de los hechos en los arts. 178 y 179 del CP .

La Sala dispone, por tanto, de distintos instrumentos impugnativos que permiten una aproximación crítica a la sentencia objeto del presente recurso. Y es a partir de esta premisa metodológica cuando quedan al descubierto dos errores conceptuales que lastran de forma irreparable la estructura lógica que debería ser exigible a toda resolución jurisdiccional.

A) La primera de ellas se refiere a la errónea conclusión de la Audiencia referida al tope biológico que, en la fecha de los hechos, acogía el art. 181 del CP . En el FJ 1º, segundo párrafo, puede leerse: "... sentado lo anterior el primer punto a resolver es la existencia o no del consentimiento, teniendo en cuenta que se ha de aplicar la redacción vigente al tiempo de los hechos, es decir, anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que entre otras cuestiones elevó la edad del consentimiento sexual a los 13 años, por lo que al tiempo de los hechos el que Amelia aún no hubiera alcanzado dicha edad no permite presumir la ausencia de consentimiento".

Como puede apreciarse, los Jueces de instancia han proclamado el juicio de tipicidad a partir de la idea de que, antes de la reforma operada por la LO 5/2010, 22 de junio, una menor a la que restan pocos meses para cumplir 13 años puede consentir libremente un acto sexual con penetración vaginal. Así lo describe el primero de los párrafos del FJ 1º: "... Se ha de comenzar la presente resolución mencionado (sic) resaltando los hechos que no han sido objeto de discusión, a saber, la realidad del contacto sexual, discutiéndose si el mismo fue contra la voluntad de Amelia , como sostienen las acusaciones o con su consentimiento como entiende la defensa". El debate en la instancia ha girado, por tanto, en torno a la existencia o ausencia de un acto violento o intimidatorio por parte de Gonzalo , sin percatarse de que en la fecha de los hechos -29 de enero de 2009- el art. 181 del CP consideraba atentatorio a la indemnidad sexual del menor la realización de cualquier acto sexual, fuera o no consentido por aquél. Los menores de 13 años no podían consentir. El legislador incorporaba en aquel precepto una presunción iuris tantum de irrelevancia del consentimiento prestado por un menor de 13 años.

En efecto, es cierto que la redacción original del CP, aprobada por la LO 10/1995, 23 de noviembre, consideraba en todo caso abusos sexuales no consentidos "... los que se ejecuten sobre menores de doce años". Esta redacción estuvo vigente desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 21 de mayo de 1999, fecha esta última coincidente con la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 11/1999, 30 de abril, que dio nueva redacción al apartado 2 del art. 181 del CP . En él se dispuso que "... se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare".

En consecuencia, no fue la LO 5/2010, 22 de junio, la que excluyó el consentimiento de los menores de trece años. Esta decisión de política criminal -que ha vuelto a ser rectificada en la reciente reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, que ha fijado en dieciséis años la franja biológica para la prestación de un consentimiento válido- ya había sido incorporada al art. 181 en virtud de la LO 11/1999 , que entró en vigor el 21 de mayo de 1999.

Hecha esta precisión, uno de los pilares sobre los que se asienta la resolución recurrida, a saber, la legitimidad de un acto sexual consentido por una menor de 13 años, se desmorona de forma irreversible. Y esta Sala no puede rectificar el erróneo juicio de tipicidad y autoría -del que podría derivarse una solución incluso más favorable para el acusado- después de un proceso que ha convertido en eje de los debates una cuestión que desborda los límites del tipo. Lo impide la singular naturaleza extraordinaria del recurso de casación y los principios que lo disciplinan.





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

B) El segundo argumento discrepante del que hace gala la defensa del recurrente se relaciona con la dificultad que anuncian los Jueces de instancia para adoptar una medida de seguridad que no fue peticionada. Así se razona en el tercero de los párrafos que integran el FJ 5º: "... Y esta Sala es consciente que la imposición de una pena de prisión no es lo más adecuado y sí lo hubiera sido la imposición de una medida de seguridad que no se ha solicitado por parte alguna, por lo que nos está vedada esta posibilidad".

Esta afirmación, desde luego, no está en consonancia con el estado actual de la jurisprudencia de la Sala, que no incluye entre las exigencias para apreciar una medida de seguridad, en los casos de aplicación de una eximente incompleta, la previa petición por las acusaciones.

Como enseña la STS 603/2009, 11 de junio, la adopción de las medidas de seguridad en los supuestos de alteración de la capacidad de culpabilidad escapa a las exigencias y presupuestos asociados al principio acusatorio: " en efecto concurriendo los requisitos o circunstancias establecidas en el art. 95 CP, la medida de seguridad debe aplicarse por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos, en el Capítulo Segundo, Título IV, del Libro Primero del Código Penal, y precisamente el art. 104.1 determina que en los supuestos de eximente incompleta, en relación con los números 1, 2 y 3 del art. 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los arts. 101, 102 y 103. Se desprende de lo anterior -decíamos en la STS. 730/2008 de 22.10 - que concurriendo la situación de peligrosidad -circunstancias personales del sujeto de las que pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos-, (...) la adopción de la medida se revela como necesaria y consecuencia de aquélla, sin estar su adopción sujeta a petición del Ministerio Fiscal, "pues el principio acusatorio no puede regir en relación con las medidas de seguridad, consecuencia de la peligrosidad del sujeto, como si se tratase de la imposición de una pena, sistema dual que opera en planos distintos. Cuestión diferente es que la persona sujeta a las mismas goce del necesario derecho de defensa que ha de resolverse asegurando la vigencia del principio de contradicción".

Es cierto que existen también precedentes en la jurisprudencia de esta Sala que expresamente vinculan las medidas de seguridad con el principio acusatorio y que han resaltado la necesidad de que hayan sido solicitadas por la acusación como requisito previo a su imposición por el Tribunal. Es el caso de la STS 1666/2000, 27 de octubre, que postula un entendimiento excesivamente elástico del principio acusatorio, hasta el punto de hacer extensiva su vigencia al pronunciamiento de responsabilidad civil. Pero se trata de resoluciones aisladas que no desplazan el criterio consolidado de esta Sala. De forma bien reciente, la STS 57/2014, 22 de enero -que invoca la doctrina ya sentada por las SSTS 730/2008, 22 de octubre y 603/2009 11 de junio -, añade un valioso argumento a la tesis general. Y es que "... ese criterio no es ajeno al que se desprende de la legislación procesal penal. Así el art 787.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que, ni siquiera en caso de conformidad entre acusación y defensa de acusado quedará el Tribunal vinculado en lo que concierne a la "adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal". Entre las cuales se encuentra la de internamiento psiquiátrico".

#### **Cuarto.**

Las dos grietas estructurales a las que venimos haciendo referencia -a la que debe sumarse la ausencia de toda mención al tipo subjetivo en el hecho probado, esto es, el conocimiento por el acusado de la edad de Amelia - erosionan de forma insalvable la coherencia lógica de la sentencia de instancia, hasta el punto de dificultar sobremanera la



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

revisión casacional. Como consecuencia de lo expuesto, resulta obligada la declaración de nulidad de la resolución recurrida, por estimación parcial de los motivos primero y tercero, con devolución de la causa a la Audiencia, con el fin de que se celebre nuevo juicio oral ante una Sección integrada por Magistrados distintos de aquellos que suscriben la sentencia recurrida.

**Quinto.**

Procede la declaración de oficio de las costas procesales (cfr. art. 901 de la LECrim ).

**III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Gonzalo contra la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2015, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas , en la causa seguida por el delito de abuso sexual. Declaramos la nulidad de la sentencia recurrida con el fin de que un Tribunal integrado por distintos Magistrados de los que suscriben la resolución de instancia, celebre nuevo juicio oral y dicte sentencia conforme a lo razonado en los fundamentos jurídicos precedentes.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada 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. Manuel Marchena Gomez D. Jose Manuel Maza Martin D. Luciano Varela Castro D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia D. Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando 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.