

Tribunal Supremo, 10-3-2009, nº 374/2009, rec. 1258/2008. Delito de abusos sexuales. Elementos del delito continuado. Prescripción del delito.

RESUMEN

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó como autor de un delito continuado de abusos sexuales. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, por cuanto no hay delito continuado ya que no existió unidad jurídica de acción sino un dolo nuevo con ocasión de cada penetración, y por lo tanto se está en presencia de acciones autónomas y disgregadas que deben ser valoradas como cada una en su propia entidad. No concretadas las fechas, habrá de considerarse, de acuerdo con el factum que la última, pudo ser cuando la nieta tenía doce años, por lo que cuando se denunciaron los hechos, ya habían transcurrido los diez años exigidos en el código penal y, en consecuencia, los tres delitos deben estimarse prescritos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Peñaranda de Bracamonte, instruyó Sumario núm. 2/05, seguido por delito de agresión sexual, contra Cirilo, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección I, que con fecha 23 de mayo de 2008 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

”Primero.- Cirilo, nacido el 9 de julio de 1925, natural de San Martín de Valdeiglesias (Madrid) y con domicilio en la localidad de Villaflores (Salamanca), abuelo de María, nacida el 22 de agosto de 1982, desde aproximadamente 1990 a 1991, cuando su nieta contaba 8 ó 9 años de edad y aprovechando que ésta pasaba parte de las vacaciones de verano en la casa que sus abuelos poseen en la citada localidad de Villaflores, tras llevarla a un pinar y obligar a otros dos menores, Luisa, hermana de María, y Carlos, primo de ambas, a permanecer en el vehículo, se adentró con ella entre los árboles con la excusa de ir a buscar piñas, la desnudó totalmente, penetrándola vaginalmente y valiéndose para ello de un pene de madera, sin que María sangrase.

En la misma época se produjeron otras dos penetraciones del mismo tipo en la casa del abuelo, aprovechando los momentos en que se quedaban solos por ausentarse la abuela de la vivienda.

Durante este tiempo era habitual que el abuelo chupase o besase los genitales de su nieta y ésta fue obligada en una ocasión a lamerle los genitales a él, y habiendo ocurrido todos estos hechos cuando la menor no había cumplido aún los 13 años de edad, es decir, antes del 22 de agosto de 1995.

En estos mismos años Cirilo, aprovechando siempre los periodos vacacionales y aquellos momentos en que se encontraba a solas con María tocaba a ésta en zonas erógenas de su cuerpo (genitales, nalgas y pechos) con distintas excusas y pretextos tocamientos que se produjeron de forma constante y reiterada, y tanto por encima como por debajo de la ropa.

Segundo.- Estos tocamientos en zonas erógenas se reprodujeron de forma reiterada después de cumplir María los 13 años de edad, siempre aprovechando los períodos vacacionales, intentando Cirilo el encontrarse a solas con su nieta, llegando a acosarla constantemente en cuanto tenía oportunidad, buscándola cuando se duchaba o apareciendo de improviso en su habitación mientras María dormía, con frecuencia encontrándose Cirilo en ropa interior y con el pene de madera sujeto, a modo de prótesis, sobre el calzoncillo.

Tercero.- Los tocamientos continuaron hasta que María tuvo 16 ó 17 años, siempre aprovechando Cirilo, cualquier ocasión propicia para ello, llegando a ofrecerle dinero por dejarse tocar, besar en los genitales o simplemente verla desnuda, si bien dada la edad de la nieta y su mayor conocimiento de la trascendencia de estos hechos, así como su fortaleza física, lograba evitar el contacto físico, llegando a empujar a su abuelo, amenazándole incluso con contárselo a la abuela y a la familia, si bien Cirilo siempre persistía en su propósito ya que, como él mismo manifestó a María, estaba muy seguro de que nadie la iba a creer.

Cuarto.- Hacia los 17 ó 18 años María inició una relación con un chico, comenzando a rechazar las obscenas proposiciones e intentos de acercamiento de su abuelo y acudiendo en pocas ocasiones a Villaflores.

Cuando María tenía unos 19 ó 20 años, toda la familia se traslada a vivir a la localidad de Santa Marta (Salamanca), acudiendo a Villaflores los fines de semana, persistiendo Cirilo en su actitud hacia María, con constantes proposiciones de claro contenido sexual, subiendo a su habitación, apareciendo en ropa interior y ofreciéndole dinero para conseguir satisfacer sus deseos lúbricos.

Quinto.- Cuando María tenía 21 y 22 años se traslada a vivir con su familia a Villaflores, a casa de los abuelos paternos, viéndose obligada constantemente a defenderse de las proposiciones e incluso de los intentos de su abuelo Cirilo de verla desnuda, tocarla y besarla en sus partes íntimas.

A principios de septiembre de 2003 Cirilo intentó de nuevo tocar a María, consiguiendo ésta evitarlo.

El 14 de septiembre de 2004 María grabó con el teléfono móvil a su abuelo Cirilo dirigiéndose a ella cuando la ofrecía insistentemente 20 euros a cambio de que se dejase dar un beso “en el chocho”, frase que llegó a pronunciar en cinco ocasiones.

Sexto.- María como consecuencia de estos hechos presenta un trastorno de stress postraumático y de ansiedad generalizada, con síntomas depresivos moderados que afectan muy negativamente a su vida personal y de relación precisando medicación, y atención médica y psicológica”. (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

”Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Cirilo como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales del art. 182.2 del Código Penal

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se trata de dos secuencias distintas y de distinta gravedad. En la primera, es cuando tienen lugar las tres penetraciones con un pene de madera.

En la segunda, se limitan a tocamientos corporales.

Los hechos se denuncian en el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Salamanca el 5 de octubre de 2004, y con dicha denuncia, efectuada por la propia María, cuando ya era mayor de edad -a la sazón tenía 24 años-, se inician las actuaciones penales.

En cuanto al Código a tener en cuenta, el Tribunal, sin ninguna explicación aplica el Código de 1995 y sanciona los hechos como constitutivos de un delito de abusos sexuales del art. 182-1 y 2 del mismo.

No se plantea la posibilidad de aplicar el Cpenal 1973 a las penetraciones padecidas por la menor, ni tampoco la tesis de la no continuidad delictiva que alegaron las acusaciones pública y privada.

En todo caso, la diferencia cualitativa de los hechos de la primera secuencia respecto de los de la segunda, y a ello unido el cambio de Código Penal operado, hacen necesario efectuar en primer lugar un estudio comparativo de uno u otro Código Penal desde la perspectiva de la alegada prescripción del delito, estimando continuados por un lado los hechos de las penetraciones vaginales y otros tocamientos ocurridos en esta primera secuencia, al quedar englobados en las penetraciones, y por otro lado, los restantes tocamientos ocurridos durante la segunda secuencia, valorándolos también de forma continuada, pero ya de acuerdo con el Cpenal vigente .

Pues bien operando con el Cpenal de 1973 , las tres penetraciones de la “primera secuencia” merecen la calificación de un delito de abuso sexual continuado del art. 429 y 430-3º en el que a partir de la reforma operada por la L.O. 3/1989 , se introdujo como agresión sexual calificada la “...introducción de objetos o cuando se hiciere uso....”.

Es obvio que la penetración con un pene de madera está tipificada en el precepto indicado.

La pena prevista es la de prisión mayor, cuya prescripción, de conformidad con el art. 113 del indicado Código es de 10 años.

Ahora bien, se estaría (siguiendo la sentencia) en la modalidad de un delito continuado, y por tanto con aplicación del art. 69 bis que preceptúa que en caso de continuidad, el delito concernido será sancionado con la pena señalada “...en cualquiera de sus grados para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el

grado medio de la pena superior....”.

Este aumento equivale a la posible imposición de una pena en abstracto de reclusión menor, en su grado medio, es decir de catorce años, ocho meses y un día hasta dieciséis años y cuatro meses.

En tal caso, la prescripción de este delito es de quince años.

Como los hechos se produjeron antes de agosto de 1995, pero el mismo relato nos dice que eran aprovechando las vacaciones de verano, como mucho, se pudo producir la última de las tres penetraciones en el verano de 1994.

La denuncia se efectuó el 5 de octubre de 2004, en tal caso es patente que no habían transcurrido los quince años que exige la Ley, partiendo como dies a quo de la prescripción aquel en el que cesó la actividad delictiva y por tanto desde el día en que se cometió el último delito -entre otras, STS 743/2005 de 15 de junio- lo que nos sitúa en el mes de agosto de 1994.

Operando con el Cpenal 1995, los hechos deben ser calificados como constitutivos de un delito continuado del art. 182-1º y 2º, que sanciona los mismos con la pena de siete a diez años de prisión (mitad superior de la pena del delito básico).

A los efectos de la prescripción el art. 131 fija el transcurso de diez años para las penas de prisión situadas entre cinco y diez años. En caso de continuidad delictiva la pena del delito continuado podría llegar “...hasta la mitad inferior de la pena superior...”, esto es, pena de hasta 12 años y 6 meses, y en tal caso la prescripción se alcanza por el transcurso de 15 años, ya que se está en una pena superior a los 10 años de prisión.

Prácticamente se está en la misma situación que operando con el Cpenal 1973 porque tampoco han transcurrido esos 15 años.

De lo dicho hasta aquí, cabría concluir que la prescripción no procedería porque ya se operase con el Cpenal 1973 o el actual, no habrían transcurrido los 15 años precisos para estimar prescritos los delitos.

Hay que recordar que los hechos se iniciaron en 1999 ó 1991 y que se denunciaron el 5 de octubre de 2004.

Por su parte, el Tribunal en el f.jdco. segundo opta por la continuidad delictiva con esta argumentación:

”...El Tribunal Supremo, entre otras en sentencia de 10 de julio de 2002 y 3 de junio de 2003, con cita de muchas otras, considera que **solo es posible el delito continuado en los casos en que se trata de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecutan en el marco de una relación sexual, de una cierta duración, mantenidas en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo** (STS 1 octubre 1996; 26 diciembre 1996; 15 marzo 1996; 30 julio 1996; 8 julio 1997; 6 octubre 1998; 9 junio 2000; 30 mayo 2001, entre otras), situación en la que no es fácil individualicen con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas de la acción, cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo (STS 2 octubre 2001), circunstancias todas ellas que se dan en el presente caso, en el que se hace extremadamente difícil el que la menor agredida pueda individualizar con todo detalle los múltiples abusos sexuales sufridos en más de 14 años de forma constante, habiendo quedan solo precisado su **habitualidad** y el **prevalimiento** por el acusado de su situación de superioridad manifiesta al tratarse de ser abuelo, coartando con ello la libertad de la víctima...”.

El delito continuado es un proceso delictivo que se desarrolla fraccionadamente en el tiempo, y que en consecuencia, su punición es más agravada, precisamente por esa ejecución fraccionada en la que cada acto pierde su sustantividad para integrarse en un todo del que el acto concreto es solo una ejecución parcial, y por ello, al margen de toda consideración pietista, dada la substantividad jurídica de esta concepción.

De concurrir sus elementos vertebradores debe ser aplicado, con independencia de que puede beneficiar o perjudicar al reo.

En cuanto a los elementos que lo vertebran, tanto en relación al art. 69 bis del Cpenal 1973 como en el art. 74 del vigente Cpenal, la continuidad delictiva se integra por:

- a) Ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión.
- b) Realización de una pluralidad de acciones y omisiones.

c) Infracción del mismo o semejantes preceptos penales.

d) Unidad del sujeto activo y pasivo, aunque es justo reconocer que esta unidad de sujeto pasivo no se encuentra exigida en el art. 74.

Este excluye la continuidad delictiva en las ofensas a “bienes eminentemente personales”, por lo que no cabrá continuidad en delitos como homicidio o lesiones en los que los perjudicados sean diversas personas.

Esta excepción tiene, a su vez, otra excepción: la relativa a las infracciones al honor y libertad sexual.

En relación a la unidad de **sujeto pasivo**, no es un requisito absolutamente exigible, ahora bien, cuando se trate de ataque, en lo que aquí concierne, a la **libertad sexual, si esta se ha cometido con identidad de sujeto pasivo, la continuidad delictiva es posible tal y como se acaba de decir, decimos es posible, sin que ello quiera decir que siempre deba ser apreciada.**

No existió unidad jurídica de acción sino un dolo nuevo con ocasión de cada penetración, y por lo tanto se está en presencia de acciones autónomas y disgregadas que deben ser valoradas como cada una en su propia entidad, y toda vez que fueron tres penetraciones se estará en presencia de tres delitos de abuso sexual del art. 429 y 430-3º Cpenal de 1973 .

No concretadas las fechas, habrá de considerarse, de acuerdo con el factum que la última, pudo ser en agosto de 1994, cuando la nieta tenía 12 años.

La pena por cada uno de los tres delitos cometidos sería de prisión mayor -de seis años y un día a doce años de prisión-.

La prescripción de los delitos sancionados con pena que excede de seis años de prisión y no llegue a la reclusión menor -doce años y un día-, es de diez años (art. 113 Cpenal 1973).

Toda vez que los hechos se denunciaron el 5 de octubre de 2004, cuando se denunciaron ya había transcurrido los 10 años exigidos en el Cpenal , y en consecuencia, los tres delitos deben estimarse prescritos.

TERCERO.- El escenario temporal de los hechos se sitúa entre agosto de 1995 y agosto de 1999.

La prescripción de los delitos sancionados con pena de tres años es, según el art. 131 del vigente Cpenal , tres años al ser el delito de abuso sexual del art. 181, un delito menos grave según la clasificación del indicado art. 131.

Pues bien, considerando como dies a quo o inicial del periodo prescriptivo el 31 de agosto de 1999, el dies ad quem sería el 31 de agosto de 2002, y por tanto, también dichos delitos estaban prescritos cuando se denunciaron en la fecha indicada de 5 de octubre de 2004.

Procede la estimación del motivo, y estando prescritos los delitos por los que ha sido condenado el recurrente, procede su absolución lo que se efectuará en la segunda sentencia.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación

SEGUNDA SENTENCIA

FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Cirilo por prescripción de los delitos de abusos sexuales de que fue condenado en la instancia