

Roj: **STS 173/2013 - ECLI:ES:TS:2013:173**Id Cendoj: **28079120012013100030**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/01/2013**Nº de Recurso: **10694/2011**Nº de Resolución: **19/2013**Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP O 228/2011,**  
**STS 173/2013**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Enero de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y precepto constitucional interpuesto por la representación procesal de Luis Carlos y Adelaida , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Tercera) de fecha 28 de enero de 2011 en causa seguida contra Luis Carlos y Adelaida , por delito de abuso 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, los recurrentes representados por la procuradora doña Lucia Gloria Sánchez Nieto y doña María Amparo López Rivas, y como parte recurrida la CONSEJERÍA DE BIENESTAR SOCIAL Y VIVIENDA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS representada por el procurador don Pablo Oterino Menéndez. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gomez**.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de instrucción nº 3 de DIRECCION007 , instruyó sumario ordinario nº 1/2009, contra Luis Carlos y Adelaida y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Tercera) rollo de Sala 2/2009 que, con fecha 28 de enero de 2011, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS.-**

"PRIMERO.- Se declaran HECHOS PROBADOS que los procesados Luis Carlos , mayor de edad con antecedentes penales no computables para esta causa, y Adelaida , mayor de edad, sin antecedentes penales, convivían en el domicilio sito en DIRECCION000 N° NUM000 , de DIRECCION007 , conjuntamente con dos hijos de ambos, menores de edad, y un tercer niño, hijo de Adelaida , nacido el día NUM001 de 2003 y reconocido judicialmente por Luis Carlos el 13 de julio de 2005, llamado Eusebio .

*En fecha son determinadas pero comprendidas entre el inicio del curso escolar 2006-2007 y hasta marzo de 2008 el procesado Luis Carlos , aprovechándose de que quedaba en el domicilio familiar a solas con Eusebio , y para satisfacer sus deseos lúbricos, ya en la cama de la habitación de aquel, ya en el sofá de la salita de la vivienda, ponía películas pornográficas de las que disponía exhibiéndoselas al niño al cual le decía que iban a jugar a los novios y que le chupara la pirula, llegando el menor a realizarle un número de indeterminado de felaciones en cuyo curso Luis Carlos alcanzaba la eyaculación. Asimismo le utilizaba - a Eusebio - para que le mordiscara por la zona anal y representara la realización del acto sexual en el que Eusebio figuraba penetrando analmente a su padre.*





La procesada *Adelaida* tuvo conocimiento de los hechos porque *Eusebio* se los refirió, aunque no hizo nada para ponerles coto, continuado los mismos a lo largo del periodo antedicho aunque, otra vez, el niño se lo volvió a contar, permaneciendo *Adelaida* sin tomar mas medidas que la de decirle (al niño) que no lo contara.

Como consecuencia de tales hechos *Eusebio* sufrió reactividad psicomotriz y conducta alterada, presentado una reactividad emocional compatible con un trastorno de estrés postraumático".

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS:

Que debemos de **CONDENAR Y CONDENAMOS:**

A) A *Luis Carlos*, como autor de un delito continuado de **ABUSOS SEXUALES** ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de diez años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad respecto de *Eusebio* durante seis años, prohibiéndole acercarse a dicho menor a una distancia no inferior a 500 metros así como de comunicarse con él por cualquier medio por tiempo de diez años.

B) A *Adelaida*, como cómplice del mismo delito de **ABUSOS SEXUALES**, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad respecto de *Eusebio*, prohibiéndole acercarse a dicho menor a una distancia no inferior a 500 metros así como comunicarse con él por cualquier medio por tiempo de cinco años.

Ambos condenados deberán abonar por iguales partes las costas procesales causadas, con inclusión de las devengadas por la acusación particular e indemnizar conjuntamente a *Eusebio* en la cantidad de treinta mil euros, de la que una cuota de veinte mil responde *Luis Carlos* y el resto, cuota de diez mil, responde *Adelaida*, siendo los dos responsables solidarios entre sí por sus cuotas y cada uno responsable subsidiario respecto de la cuota del otro. Dicha cantidad devengará los intereses legales previstos en el art. 576 de la L.E.Crim.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo en término de cinco días".

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, 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 *Luis Carlos*, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación:**

I.- Al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 24.2 de la CE, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. II.- Quebrantamiento de forma, del art. 851.6 de la LECrim, por haber entrado a formar parte Magistrados cuya recusación haya sido intentada en tiempo y forma y fundada en causa legal.

**Quinto.-** La representación legal de la recurrente *Adelaida*, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación:**

I.- Al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 24.2 de la CE, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. II.- Quebrantamiento de forma, del art. 851.6 de la LECrim, por haber entrado a formar parte Magistrados cuya recusación haya sido intentada en tiempo y forma y fundada en causa legal. III.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida de los arts. 11 y 29 del CP; por alta de aplicación de los arts. 452 y 454 y, subsidiariamente, del art. 450 todos del CP.

**Sexto.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 11 de julio de 2012, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

**Séptimo.-** Por providencia de fecha 12 de diciembre de 2012 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

**Octavo.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 8 de enero de 2013.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO





1.- La sentencia de fecha 28 de enero de 2011, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, condenó a Luis Carlos como autor de un delito continuado de abusos sexuales, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad respecto de Eusebio durante 6 años, prohibiéndole acercarse a dicho menor a una distancia no inferior a 500 metros, así como de comunicarse con él por cualquier medio por tiempo de 10 años. También condenó a Adelaida en calidad de cómplice del delito de abusos sexuales, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 5 años de prisión, con la misma accesoria legal durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, con idéntica prohibición de acercarse al menor por tiempo de 5 años.

Se interpone recurso de casación por los acusados. La coincidencia argumental de los motivos primero y segundo de ambos recurrentes, autoriza una remisión sistemática con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

#### **RECURSO DE Luis Carlos**

2.- El primer motivo se formaliza al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denunciando infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24. 2 de la CE.

Argumenta la defensa que no ha existido verdadera prueba de cargo. Se ha producido una indebida valoración del testimonio de la víctima, completando la reproducción de la declaración realizada durante la instrucción con declaraciones de testigos de mera referencia. En el supuesto de hecho enjuiciado no se daban las circunstancias excepcionales que habrían justificado, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, prescindir de la declaración de Eusebio en el plenario. El llamamiento judicial de un menor que se supone ha sido víctima de un delito no es una interferencia innecesaria, puesto que está en juego la declaración de culpabilidad o inocencia del imputado.

No tiene razón el recurrente.

A) La cuestión suscitada ha sido ya abordada por esta Sala en otros precedentes. En efecto, atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia constitucional y de esta Sala que lo interpreta -cfr. STS 80/2012, 10 de febrero y STC 174/2011, 7 de noviembre, entre otras- no son ajenos a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso P. S. contra Alemania § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuales hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56, en la que señala «... *quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior*». Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del TEDH que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legítima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; pu





llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

Recientemente hemos dicho - STS 925/2012, 8 de noviembre- que no siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción ( arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECrim) como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción. De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, (*" Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho"*); con la muy reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20 a 24, singularmente); o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009 ( arts. 30 o 35, que alientan una serie de medidas como la necesidad de que las declaraciones de niños y niñas, se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello y que su número sea limitado y el estrictamente necesario, así como que se adopten medidas para que dichas entrevistas sean grabadas y que dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral).

[...] Como se ha argumentado por los especialistas, no se trata solo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes ( STEDH caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002; sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el conocido caso *Pupino*, de 16 de junio de 2005 ; así como STC 174/2011, de 7 de noviembre, y STS 96/2009, de 10 de marzo).

Podemos concluir, en suma, que nuestra jurisprudencia no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTS 96/2009, 10 de marzo; 593/2012, 17 de julio; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre).

B) En el supuesto que motiva nuestra atención, se trataba de un niño que había sido expuesto a sevicias sexuales prolongadas durante más de un año. Todo indica -como con acierto expresa el Fiscal- que el Tribunal *a quo* se ajustó de forma precisa a las exigencias normativas y jurisprudenciales que evitan la victimización añadida del menor y el menoscabo del derecho de defensa del acusado.

Eusebio es un niño que entre los tres y los cuatro años estuvo expuesto por su padre adoptivo a toda una serie de comportamientos sexuales que erosionaron de forma irreversible su indemnidad sexual y que, según el hecho probado, le produjeron una *" reactividad psicomotriz y (...) emocional"* con una conducta alterada, *"... compatible con un trastorno de estrés postraumático"*. Se trataba, en fin, de un niño con un intenso sentimiento de culpa. Así lo expresa la Audiencia en el FJ 3 cuando señala que *"... se mostraba huidizo porque pese a su minoridad sabía que lo que había hecho no estaba bien, y como consta en los dictámenes llegó a querer explicarse diciendo que lo ocurrido no era culpa suya. Basta observar que en los documentos gráficos de las periciales Eusebio sólo es permeable a contar lo acontecido en los pasajes 4 y 5, según el orden de visionado"*





*después de un razonable esfuerzo por ganarse su confianza para que exteriorizase sus experiencias. Antes era notablemente reticente, con cambios de discursos tajantes cuando los psicólogos se iban acercando al núcleo del problema, es decir, de sus vivencias sexuales, o manifestándose abiertamente en el sentido de que no podía hablar de eso".*

Es evidente que en esas circunstancias, acreditadas pericialmente las dificultades para lograr un testimonio fluido del menor - dificultades que se hicieron presentes en un diálogo mantenido con profesionales del tratamiento de menores víctimas-, la decisión de la Audiencia de excluir la declaración de Eusebio del plenario y proceder al visionado del DVD en el que quedaron grabadas sus explicaciones, nada tiene de extravagante. Con claridad el art. 433 de la LECrim establece que *"toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el Juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El Juez podrá acordar la grabación de la declaración"*. Y ya en el ámbito del juicio oral, el art. 707 de la LECrim, en su redacción conforme a la reforma operada por la LO 8/2006, 4 de diciembre, dispone que *"la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de la prueba"*.

Con carácter general puede afirmarse la conveniencia de que esos preceptos, marcados por la nota de la excepcionalidad, no se conviertan en un expediente rutinario puesto al servicio del injustificado sacrificio de los principios de inmediación y contradicción, así como del derecho de defensa. Ni esos artículos ni los principios que informan y legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional, autorizan un enunciado conforme al cual los menores de edad, víctimas de abusos sexuales, han de ser sustraídos al interrogatorio cruzado de las partes, haciendo de su presencia en el plenario un acto voluntario, prescindible y sujeto a la decisión unilateral de cualquier experto. El enjuiciamiento de los agresores sexuales de la infancia no degrada el nivel de exigencia de las garantías propias del proceso penal. Cuestión distinta es que la presencia de otros valores también protegidos constitucionalmente, lleve al órgano decisorio a un esfuerzo de ponderación para que, sin sacrificar aquellos derechos, acomode su significado a las singularidades del caso concreto.

Y así actuaron precisamente los Magistrados del Tribunal a quo. En efecto, conscientes de las dificultades para la exploración de Eusebio y del daño añadido que su presencia en el plenario podía acarrear a quien ya había sido intensamente victimizado, obraron correctamente cuando acordaron reproducir en el juicio oral el soporte en el que quedó grabada la exploración del menor, acto en el que estuvo presente el Ministerio Fiscal y la defensa de ambos acusados (folios 461 y ss).

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

**3.-** El segundo de los motivos se acoge al enunciado que habilita el art. 851.6 de la LECrim, denunciando quebrantamiento de forma, al haber integrado el órgano decisorio Magistrados cuya recusación, intentada en tiempo y forma y fundada en causa legal, fue indebidamente rechazada.

Alega la defensa que con fecha 17 de marzo de 2010, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo acordó no haber lugar al recurso de apelación interpuesto contra el auto de conclusión del sumario de fecha 26 de enero de 2010, dictado por el Juez instructor. Mediante escrito presentado en tiempo y forma (folios 46-47) se planteó la recusación de los Magistrados Ilmos. Sres. D. **Manuel** Abelló Casielles, D. Javier Domínguez Begega y Dña. Ana Álvarez Rodríguez, por entender que en todos ellos concurría la circunstancia prevista en el art. 219.11 de la LOPJ, *"haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia"*. En providencia dictada con fecha 27 de mayo de 2010, la Sección Tercera declaró no haber lugar a proveer el escrito de recusación *"... en primer lugar, por carecer de firma de Procurador, en segundo lugar por no acompañar poder especial para recusar, y en tercer lugar por no estar firmado por los recusantes"* (folio 48). Mediante escrito de parte fechado el 1 de septiembre de 2010, se volvió a presentar nuevamente la petición de recusación, subsanando los defectos apreciados y acompañando poder especial (folios 75 a 78). Por providencia de fecha 2 de septiembre de 2010, la misma Sala denegó la admisión del escrito, *"... en primer lugar porque carece de poder especial, observando que no lo es el otorgado para los fines del art. 25.2.1 de la LEC que no contempla tal recusación, y en segundo lugar por manifiesta infracción del art. 223.1 de la LOPJ"*.

Considera el recurrente que la decisión de inadmitir a trámite el recurso y el rechazo de la recusación promovida contra los Magistrados que luego decidieron sobre el fondo del asunto, hizo incurrir a aquéllos en una causa de pérdida de imparcialidad, sólo evitable mediante el instituto de la recusación.

El motivo es inviable.

A) Hemos destacado en anteriores resoluciones (cfr. STS 154/2012, 29 de febrero y ATS 4 octubre 2011) la conveniencia de contemplar algunos de los conflictos tradicionalmente considerados como propios del ámbito de la imparcialidad objetiva, como un problema de incompatibilidad funcional. En efecto, decíamos en





esa resolución que "... la distinción entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva forma ya parte de la terminología más clásica. Es probable que su utilidad metodológica, más que su verdadero contenido conceptual, haya contribuido a su generalizado uso, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por la doctrina constitucional y de esta misma Sala.

Si bien se mira, la imparcialidad, entendida ésta como la ausencia de toda prevención o designio que pueda ponerse al servicio de alguna de las partes o del propio Juez, tiene siempre un marcado carácter subjetivo. La concurrencia de cualquiera de esos designios, esto es, su parcialidad, afecta al ánimo del Juez, que filtra lo que debiera ser el legítimo ejercicio de la función jurisdiccional con una motivación que le aparta de su verdadero estatuto constitucional. Esa genuina dimensión subjetiva de la imparcialidad y las dificultades para indagar su concurrencia, explican que el ordenamiento jurídico, con el fin de prevenir cualquier riesgo de menoscabo, objetive una serie de causas que obligan al Juez a apartarse del conocimiento del asunto, con independencia de que aquél se sienta o no íntimamente afectado en su imparcialidad. El legislador asume que la preexistencia de una relación del Juez con cualquiera de las partes o con el objeto del proceso, lleva a la sociedad a desconfiar del efecto que esos vínculos puedan proyectar sobre la labor de enjuiciamiento. El Juez ha de apartarse inmediatamente del conocimiento del asunto y si no lo hace puede ser recusado.

(...) De lo que ahora se trata es de abordar el obstáculo que podría representar para la vigencia del derecho a un proceso con todas las garantías, el contacto mantenido por el Juez con actos procesales en los que ha intervenido durante la fase de instrucción. (...) En efecto, forma parte de la esencia misma de nuestro sistema de enjuiciamiento que el Juez que ha asumido funciones instructoras no pueda luego participar en el acto de enjuiciamiento. La escisión funcional entre la actividad jurisdiccional de investigación y la de enjuiciamiento constituye un presupuesto inderogable para la vigencia del derecho a un proceso justo ( art. 24.2 CE ) e impone que el juez que instruye no pueda fallar. No ya porque quede comprometida su imparcialidad, sino porque nuestro proceso penal exige una rígida separación entre la función de investigación, que es propia de la fase instructora, y la de verificación, que inspira el juicio oral. La causa de abstención de la que venimos tratando despliega su efecto, por tanto, con independencia de la capacidad personal del Juez para mantener su rectitud de juicio. Su concurrencia le obliga a apartarse del proceso, al margen de su habilidad para lograr la equidistancia y para impedir que su condición de tercero quede adulterada. Precisamente por ello, nos movemos en el espacio que es propio de la incompatibilidad funcional, más que en el de la imparcialidad propiamente dicha. El Juez que tras haber dictado sentencia en la instancia conoce luego del recurso de apelación, no es que ponga en riesgo su imparcialidad, sino que neutraliza la garantía que está en la esencia de la doble instancia. El Juez que instruye un proceso y con posterioridad se integra en el acto de enjuiciamiento, por más rectitud de juicio de la que sea capaz, desdibuja la existencia de las dos fases procesales que garantizan el derecho de todo justiciable a un proceso justo".

B) Es, por tanto, desde esta perspectiva de la incompatibilidad funcional desde la que ha de ser analizada la queja que anima el motivo. Y es evidente que ningún riesgo de que aquélla despliegue sus perturbadores efectos pudo existir cuando los Magistrados que integraron el órgano decisorio se limitaron a una doble resolución. La primera, rechazar la admisión a trámite de un recurso de apelación manifiestamente improcedente. El auto de conclusión del sumario, como es notorio, conoce un específico sistema de impugnación en el ámbito del procedimiento ordinario, mediante el trámite de su revocación o confirmación, tal y como reflejan los arts. 622, 623 y 627 de la LECrim. De ahí que el rechazo de una impugnación carente de cobertura jurídica resultaba obligado en términos de estricta legalidad. Es indiscutible, además, que esa resolución, en la medida en que se limitó a no dar trámite al recurso de apelación, no generó ningún problema de convergencia funcional que pusiera en riesgo el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías. Lo mismo puede decirse cuando, ya en el rollo de la Sala, se intentó de forma infructuosa, sin acatar las exigencias legales impuestas por el art. 223 de la LOPJ, la recusación de los integrantes del órgano decisorio. En definitiva, mal puede decirse que una u otra resolución hayan tenido la idoneidad precisa para hacer surgir la causa de abstención/recusación descrita en el art. 216.11 de la LOPJ. Los Magistrados ante quienes se celebró el plenario y se practicaron las pruebas, en ningún momento habían "... participado en la instrucción".

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

#### **RECURSO DE Adelaida**

4.- Los dos primeros motivos -si bien con epígrafe distinto a la hora de enunciar los derechos afectados- presentan sustanciales coincidencias argumentales con los que han sido promovidos por el coacusado, que ya han sido objeto de atención en los fundamentos jurídicos precedentes. De ahí que proceda remitirnos a lo expuesto *supra*, reiterando ahora la desestimación por las mismas razones que apoyan el rechazo de los anteriores.





El tercero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim denuncia infracción de ley, indebida aplicación de los arts. 11 y 29 del CP y correlativa inaplicación indebida de los arts. 452 y 454 del mismo CP. Subsidiariamente se sostiene la errónea inaplicación del art. 450 del CP.

A juicio de la defensa, el hecho probado no permite afirmar que Adelaida fuera cómplice por omisión de un delito continuado de abusos sexuales, previsto y penado en el art. 182.1 y 2, en relación con el art. 180.1.4 del CP. Al declararse probado -se alega- que la recurrente tuvo conocimiento de los hechos que se describen entre su marido y su hijo menor con posterioridad a que sucedieran, después de que Eusebio se los refiriera, es evidente que su actuación tuvo que ser la propia de una encubridora, con la consiguiente aplicación de la exención de pena prevista en el art. 454 del CP, al ser el autor del delito principal que aquélla habría incurrido, su propio marido.

El motivo no puede ser acogido.

La admisión de una complicidad omisiva no está exenta de dificultades dogmáticas. La idea de que la posición de garante, una vez afirmada, obliga a impedir la comisión del delito, complica de forma visible la aceptación de una participación omisiva que no imponga en toda su plenitud el deber de actuar. Precisamente por ello, las tesis doctrinales que degradan la autoría hacia formas de complicidad cuando el responsable se limita a no dificultar la comisión del delito, encuentran un obstáculo en el significado mismo de la posición de garante que, conforme al art. 11 del CP, impone un deber de actuar para la evitación del resultado. O se es garante y el incumplimiento del deber de evitar el resultado hace nacer la autoría por omisión o no se es garante y, por tanto, no puede proclamarse una autoría omisiva. Si a ello se añade que nuestro sistema jurídico conoce específicos tipos de omisión para quienes eluden el deber de impedir determinados delitos (cfr. art. 450 CP), las dificultades anunciadas para fundamentar una complicidad por omisión con la cobertura del art. 11 del CP se hacen más evidentes.

Pese a todo, la jurisprudencia de esta Sala es unánime en la admisión de la complicidad por omisión, sin que falten resoluciones que advierten de la importancia de prevenir interpretaciones extensivas que erosionen la vigencia del principio de legalidad. Recuerda la STS 1480/1999, 13 de octubre que *"la participación omisiva en un delito de resultado ha sido generalmente admitida por la doctrina, incluso con anterioridad a la promulgación del Código de 1995, cuyo art. 11 regula la comisión por omisión. La jurisprudencia a partir de la década de los ochenta (cfr. SSTS 18-3-1982 ; 26-1-1984 ; 31-1-1986 ; 13-12- 1988 ; 22-11-1991 ; 24-10-1991 ; 6-4-1992 y 18-12-1996 ) también la ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias. Más discutible resulta determinar si esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no (...). La participación omisiva encuadrable en la complicidad parte de unos presupuestos: a) favorecimiento de la ejecución, que se integra como presupuesto objetivo; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante".* Y la STS 755/1999, 11 de mayo, se refiere a la evolución jurisprudencial sobre la materia, *"... admitiendo esta forma de participación sólo en aquellos casos en que el omitente se hallaba en posición de garante. [...] La solución es por supuesto correcta, aunque no sean desdeñables sus eventuales incidencias negativas sobre el principio de legalidad si se adopta de manera indiscriminada".*

La sentencia cuestionada se adscribe a la línea jurisprudencial transcrita y justifica la complicidad por omisión de Adelaida razonando en el FJ 3º que *"... la procesada conoció de los hechos después de que éstos habían iniciado, sin saberse cuanto tiempo antes, y tras esta toma de conocimiento no realizó ninguna actividad que pudiera ser mínimamente eficaz para ponerles coto, culminando su abulia con el solo dicho al menor de que no lo contara. Tal comportamiento supone el desprecio de los más elementales deberes (y derechos) que como ejerciente de la patria potestad prevé el art. 154 del Código Civil, fundamentalmente en lo que hace a los deberes de velar por el menor y procurarle una formación integral, entre la que no está, obviamente, el anticipo de una vida sexual prematura, y al eludir tan esenciales exigencias desatiende la posición de garante que le confiere la obligación legal antedicha, incardinando su comportamiento en el marco del art. 11 del Código Penal . Ahora bien, esa comisión por omisión no puede imputarse en el grado de equivalencia con la autoría, como cooperadora necesaria -autora material no lo fue- porque, entre otras razones, si cuando ella supo lo que le estaba ocurriendo a su hijo ésta ya venía siendo victimado no se sabe cuántas veces antes por su padre, no era de esperar que la procesada hubiese actuado en esa época, toda vez que no era conocedora de la situación, siendo a raíz de su conocimiento de la ejecución delictiva cuando verdaderamente no interviene para evitar su reiteración".*

Más allá del acierto de la Audiencia Provincial para calificar como complicidad lo que se sitúa en el ámbito más propio de la autoría por omisión, lo cierto es que los términos en que el motivo ha sido formalizado y los principios que informan el recurso de casación, que obviamente impiden la agravación de la condena del recurrente, nos obligan a centrarnos exclusivamente en las razones que excluyen que el hecho probado rec





un acto de encubrimiento, como sostiene el recurrente. En efecto, tiene razón la defensa cuando alega que Adelaida conoció los abusos cuando éstos ya venían siendo cometidos por Luis Carlos con anterioridad. Esta idea la resalta el hecho probado y la fundamenta -como hemos apuntado *supra*- el órgano decisorio. Sin embargo, su conducta omisiva se prolongó en el tiempo mientras que el menor seguía siendo objeto de sevicias por parte de su padre adoptivo. Ella conoce y omite mientras el menor sigue siendo atacado en su indemnidad sexual. No existió, por tanto, encubrimiento.

El motivo ha de ser desestimado ( arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

5.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

### III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por las respectivas representaciones legales de Luis Carlos y Adelaida, contra la sentencia de fecha 28 de enero de 2011, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en la causa seguida por un delito continuado de abusos sexuales y condenamos a ambos recurrentes al pago de las costas causadas.

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. Candido Conde-Pumpido Touron D. Perfecto Andres Ibañez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Francisco Monterde Ferrer D. **Manuel Marchena Gomez**

**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 Secretario certifico.

