Roj: **STS 3010/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3010**

Id Cendoj: **28079120012020100492**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **23/09/2020**
Nº de Recurso: **10735/2019**
Nº de Resolución: **470/2020**
Procedimiento: **Recurso de casación penal**
Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1095/2019,**
STS 3010/2020

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 470/2020

Fecha de sentencia: 23/09/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10735/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/09/2020

Ponente: Excma. Sra. D.ª Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: JAS

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10735/2019 P

Ponente: Excma. Sra. D.ª Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 470/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

En Madrid, a 23 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10735/2019-P interpuesto por **D. Artemio** , representado por el procurador D. Ramiro Reynolds Martínez, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Ordinas Pou; contra Sentencia de fecha 21 de mayo de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2, en el Rollo de Sala 23/2018, dimanante del Sumario 5/2015 del Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 por delitos de abuso sexual y violación.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2, el 21 de mayo de 2019, se dictó sentencia condenatoria a **Artemio** de los delitos y por los hechos por los que venían siendo acusados que contienen los siguientes **Hechos Probados:**

"El procesado Artemio , de nacionalidad marroquí, con pasaporte número NUM000 , mayor de edad, en cuanto nacido el NUM001 de 1986, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, habiendo estado privado de libertad por razón de esta causa los días 19 y 20 de junio de 2015 y privado de libertad por razón de esta causa desde el día 23 de febrero de 2019 mantenía una relación sentimental con Clara y por esta razón convivía en el domicilio con ella y sus hijos en la vivienda sita en la CALLE000 NUM002 º de la localidad de DIRECCION000 .

En fecha indeterminada pero en todo caso durante el verano del año 2013, cuando Gloria contaba con 16 o 17 años, aprovechando que la madre de la menor trabajaba en un turno nocturno, el procesado se introdujo en diversas ocasiones por la noche en la habitación donde dormía la menor, y actuando con ánimo libidinosos e intención de satisfacer su deseo sexual, se aproximó a su cama mientras ella dormía, y le realizó tocamientos en los genitales y en el culo por encima de la ropa, llegando en ocasiones a masturbarse ante la menor.

Asimismo, en fecha indeterminada pero en todo caso en torno al mes de julio de 2013, cuando la menor contaba con 16 o 17 años de edad, el procesado, aprovechando la circunstancia de que se había quedado a salas con la menor en el domicilio familiar, actuando con ánimo libidinoso e intención de satisfacer su deseo sexual, la agarró fuertemente por la espalda y la puso contra la pared, y mientras la retenía agarrándola con fuerza por un brazo, le bajó los pantalones y la ropa interior, y la penetró vaginalmente con el pene sin llegar a eyacular, hasta que la menor consiguió zafarse y huir de él.

Por estos hechos se acordó por el Juzgado nº 3 de DIRECCION000 mediante Auto de fecha 20/06/2015 la prohibición de comunicación por cualquier medio, así como de aproximación a menos de 500 metros del procesado a la víctima. A consecuencia de estos hechos Gloria ha sufrido secuelas consistentes en la falta de apetito, insatisfacción con su persona, baja autoestima, conductas autolesivas, tristeza, incomodidad en cuanto al sexo, insomnio, pesadillas, miedo a los hombres, inseguridad y flashbacks de imágenes del abusador."

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

"DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Artemio :

1. Como autor criminalmente responsable de un DELITO de abuso sexual continuado con prevalimiento, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a Gloria , a su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre a una distancia inferior a 500 metros así como prohibición de comunicarse por cualquier medio o procedimiento por tiempo de cuatro años. Asimismo se le impone la pena de libertad vigilada que se cumplirá después de la pena privativa de libertad, por tiempo de cuatro años.

2. Como autor criminalmente responsable de un delito de violación con prevalimiento a la pena de doce años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a Gloria , a su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre a una distancia inferior a 500 metros así como prohibición de comunicarse por cualquier medio o procedimiento por tiempo de trece años. Asimismo se le impone la pena de libertad vigilada que se cumplirá después de la pena privativa de libertad, por tiempo de seis años.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

3. En concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a Gloria en la cantidad de veinte mil euros, cantidad ésta que devengará un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente sentencia hasta su completo pago.

4. Costas de este procedimiento."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Artemio , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación:**

Artemio :

Motivo Primero.- Vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE.

Motivo Segundo.- Por indebida aplicación de la agravante específica de prevalimiento del art. 180.1.4ª CP: no concurre prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco.

Motivo Tercero.- Indebida aplicación del art. 74 CP: continuidad delictiva castigada con la pena señalada para la infracción más grave (delito de agresión sexual).

Motivo Cuarto.- Infracción del art. 66 CP: desproporción de la pena impuesta en el delito de abuso sexual (art. 181.1 CP en relación con el art. 181.5 CP).

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó a la Sala la inadmisión del recurso interpuesto e impugna los motivos del mismo, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 25 de mayo de 2020; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 22 de septiembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El primer motivo del recurso se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

En el desarrollo del motivo se alega que se ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia del acusado, ya que la declaración de la víctima como única prueba de cargo no se ajusta a los parámetros jurisprudenciales exigidos para que pueda ser tenida como prueba de cargo. Así en cuanto a la denominada ausencia de incredibilidad subjetiva, trae a colación el recurrente que la denunciante se trata de una chica conflictiva, con antecedentes de consumo de alcohol y droga, y con una situación familiar delicada. Además, la relación de la menor con la nueva pareja de su madre era mala desde el primer día, sin que exista pericial alguna acerca de la credibilidad de la denunciante.

También se denuncia la falta de persistencia en la incriminación, ya que existen importantes contradicciones en su testimonio, citando extremos tales como la menor denunciante fue incapaz de precisar en qué mes y qué año ocurrieron supuestamente los hechos denunciados, niega el consumo de droga y la incidencia del 12-10-2015 en el Centro DIRECCION001 , constando en el expediente administrativo que ella lo reconoció, miente la menor denunciante al afirmar que el procesado convivía de forma permanente en el domicilio de su madre, en julio de 2.013, fecha en que se considera probado en la sentencia sucedieron los hechos, la menor denunciante no residía en la casa de su madre, en su declaración ante el Juzgado de Instrucción dijo que entre lo ocurrido con el procesado (agresión sexual) y el incidente con su madre (que motivó que fuera a denunciarla ante la Guardia Civil) había transcurrido más de un mes, sin embargo, en el acto de juicio afirmó que la supuesta agresión sexual y el incidente con su madre fue el mismo día, el 2 de octubre de 2.013, negó en el juicio tener novio y haber tenido relaciones sexuales antes de lo ocurrido con Artemio .

Por último, en cuanto a las corroboraciones periféricas niega el recurrente la existencia de las mismas, ya que la madre - Clara - declaró que nunca vio nada sospechoso, ni presenció los hechos; la hermana - Rosario -, en instrucción manifestó que no vio nada, ni su hermana se lo contó, testimonio que cambió en el juicio oral influenciada por su hermana; y los demás testimonios (psicólogo NUM003 del Consell Insular de Mallorca

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

y Roberto , trabajador social del centro DIRECCION002) nada aportan, más allá de corroborar las malas relaciones de la menor con su madre y el procesado.

2. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

Cuando se denuncia en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, hemos dicho en sentencia SSTS 615/2016, de 8 de julio, 200/2017, de 27 de marzo, 376/2017 de 20 de mayo, que "ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia. Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005, de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009, de 13 de abril y 131/2010, de 18 de enero; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presenció. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Consecuentemente, el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene

la condena (SSTC. 68/98, 117/2000, SSTS. 1171/2001, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1333/2009, 104/2010, 1071/2010, 365/2011, 1105/2011).".

3. La prueba de cargo se ha centrado en la declaración testifical de la víctima Gloria , 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 de quienes figuran como víctimas, sin perjuicio de complementarlo con otros datos probatorios accesorios que lo corroboren o desdigan (SSTS 61/2014, de 3 de febrero o 274/2015, de 30 de abril, entre otras).

En definitiva, se trata de prueba testifical cuya credibilidad 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, a los que la Sala sentenciadora ha acomodado su valoración, consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación, que 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. (STS 758/2018, de 9 de abril)

4. En este caso, el Tribunal sentenciador declara probados los hechos en base a las manifestaciones de Gloria . En primer lugar, la Sala estima que concurre en el relato de la misma las notas de persistencia y firmeza en su testimonio, se afirma que el relato ha sido constante y reiterado en lo esencial, siendo las declaraciones naturales y creíbles, sin que las contradicciones que ahora pone de relieve el recurrente, también analizadas por la Sala, afecten a esa firmeza en el testimonio, porque se refieren exclusivamente a si el momento de lo ocurrido con el acusado coincide con el incidente que tuvo que ver con la madre, o por el contrario, ya había pasado un tiempo, así como si había tenido relaciones sexuales Gloria antes de los hechos, extremos que la Sala considera intrascendentes en relación a la persistencia en la incriminación, incluso, como veremos a la credibilidad de la misma.

El Tribunal razona que Gloria relató en el plenario que los hechos que sucedieron durante el verano 2013, y narra un episodio más grave ocurrido en julio del mismo año, sin que el Tribunal tenga duda alguna sobre que durante ese tiempo el acusado mantenía contacto con la madre en el domicilio, pese a la orden de alejamiento existente contra el mismo, y para ello tiene en cuenta las declaraciones de Gloria , de su madre, y de su hermana Rosario , y el hecho acreditado del nacimiento del hijo común de la pareja.

Por otro lado, el Tribunal entiende que no existe prueba alguna de que Gloria denunciase los hechos por móviles espurios, pese a que el acusado manifestó que el padre biológico quería hacerle una trampa porque le había dejado su mujer (madre de Gloria), ni siquiera que existiese una relación especial entre Gloria y su padre biológico, ya que por el contrario en el expediente administrativo de protección apenas constan referencias al padre biológico y cuando se refieren a él se dice que vive actualmente en Marruecos y no tiene contacto alguno con la niña (f. 143). Tampoco entiende acreditado la Sala que ello fuera una venganza contra la madre, ya que pese la relación con Artemio era mala, lo cierto es que Gloria no abandonó definitivamente el domicilio hasta octubre de 2013 pasando a estar ingresada en centros de protección de menores, e interpuso denuncia el 2 de junio de 2015, por lo que con un criterio lógico, razona el Tribunal, que si lo que quería era que él abandonase el domicilio familiar ningún sentido tenía denunciarle pasado más de un año desde que ella se fue de la casa, además, no fue directamente a interponer denuncia de carácter penal sino que contó los hechos en el centro en que se encontraba.

También el Tribunal analiza las corroboraciones del testimonio de la víctima, y entiende como tales, en resume:

1º La declaración Rosario en el plenario quien dijo que su hermana le contó después de ocurrir los hechos que había sido violada por el acusado, coincidiendo con lo que dijo la víctima y, además, narra una serie de hechos que si bien no se refieren a la víctima corroboran la exteriorización del interés sexual del acusado por los hijos de su compañera sentimental, como que el acusado entraba por la noche en la habitación de los niños y que se "pasaba de mano" con su hermano pequeño, tocándose los genitales "haciéndose una...", lo que Rosario le dijo a su madre así como el menor, y a ambos le dijo que era un juego.

En relación a esta testigo el Tribunal explica que en juicio se muestra como madura, coherente y creíble, y que aunque su declaración se contrapone en muchos extremos relevantes con lo que manifestó cuando fue explorada en instrucción el 7 de junio de 2016, explica la Sala que la testigo da una justificación creíble del porqué en sede instructora negó haber visto o haberse enterado de nada relativo a abuso sexual, y ello fue porque tenía vergüenza y miedo ya que Artemio le había advertido que fuese con cuidado con lo que decía en relación al tema, incluso la amenazó por lo que podía decir, además Artemio en 2016 seguía yendo a la casa, seguía molestando, lo que es entendible si se tiene en cuenta la madre no ejercía la función protectora que le es propia, el padre estaba ausente (en Marruecos) y ella seguía viviendo en el domicilio familiar.

2º Testimonio de la psicóloga NUM003 , la cual explicó que Gloria al sentirse más segura verbalizó el motivo real de querer de salir de su casa, contándole que la persona que consideraba padrastro le realizó tocamientos, besos y una penetración vaginal, que esto le afectó en su día a día. Afirma la psicóloga que a su criterio su testimonio era totalmente creíble. Además, a la psicóloga contó lo mismo que Gloria narró en el juicio.

3º Informe psicológico de 6 de octubre de 2013 e informe del Centro DIRECCION001 de 22 de noviembre de 2013, que transcribe el Tribunal, y de los que se desprende que antes de que la menor interpusiera la denuncia en el Centro que estuvo internada, en los mismo ya se tenían sospechas de abuso sexual.

4º Denuncia de Gloria ante la Guardia Civil de 2 de octubre poniendo de relieve que el día 1 "después de una discusión con su madre ésta le vertió el contenido de un caldero por encima, por lo que al salir del colegio llegó a su casa y estaba cerrada, anduvo sola y pasó la noche en la calle en compañía de un amigo que no quería dejarla, explica que la convivencia con su madre es imposible". Gloria explicó que como no había manera de contárselo a su madre hizo las maletas y se fue de casa, yendo al día siguiente a los servicios sociales y entró en el centro DIRECCION001 . Está documentado que efectivamente fue ingresada en el centro DIRECCION001 el día 2 de octubre de 2013 (f. 30 expediente). Por tanto, afirma la Sala que hubo pues una relación entre lo sucedido con el acusado y el abandono del domicilio, y ello con independencia de que hubiera tenido lugar o no un episodio violento de la madre.

5º Declaración en juicio del trabajador social, el cual manifestó que Gloria ya era mayor de edad, se encontraba mal y le contó llorando que cuando era menor la pareja de su madre abusó de ella, explicó que Gloria lo contó cuando ya estaba preparada para ello, al poder hacerlo sin sentirse juzgada. Declaración espontánea de la víctima al trabajador social que, tal y como indica la Sala, otorga credibilidad a lo que luego denunció Gloria .

4. En el caso sometido a nuestra revisión casacional, la prueba de cargo, tal y como hemos analizado, se encuentra perfectamente razonada, como es de ver en el fundamento de derecho primero, consistente sustancialmente en la declaración inculpatoria de la víctima, y el Tribunal entiende que su testimonio cumple los requisitos jurisprudenciales de credibilidad, verosimilitud y persistencia incriminatoria. La sentencia recurrida realiza un exhaustivo análisis de la prueba practicada, sobre todos los aspectos relacionados con la enervación de la presunción de inocencia.

Por tanto, la Sala sentenciadora analiza la prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada; es decir, idónea para desvirtuar la presunción de su inocencia.

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 testificales 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, como ocurre en este caso, en el que la valoración probatoria tiene suficiente contenido incriminatorio, es bastante, y razonablemente valorada, en definitiva, idónea para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo se alega Indebida aplicación de la agravante específica de prevalimiento del art. 180.1.4ª CP: no concurre prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco.

En el desarrollo del motivo se indica que el autor era compañero sentimental de la madre y que la sentencia considera concurrente en ambos delitos (abuso sexual continuado y agresión sexual) la agravante específica del art. 180.1.4ª CP: "cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima", cuando no concurre esa relación de parentesco, ni de superioridad, ya que ello implicaría la vulneración del principio " *non bis in idem*", porque la relación de superioridad ya ha sido considerada como un elemento del tipo penal aplicado (art. 181.3 CP). Es claro que en tales casos rige el art. 67 CP, pues el legislador ya ha tenido en cuenta al describir la infracción penal la corta edad de la víctima. Por lo tanto, no es adecuado valorar la diferencia de edad para establecer la tipicidad y al mismo tiempo para aplicar una circunstancia agravante.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

3. Como hemos dicho en nuestra reciente sentencia 278/2020, de 3 de junio "Respecto a la negada situación de prevalimiento, hemos de recordar que prevalerse es tanto como valerse o servirse de algo que supone un privilegio o una ventaja, en clave penal, y hemos de partir de su naturaleza subjetiva - sobresubjetiva la califica la STS de 2 de marzo de 1990- que tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad y que proporciona en el plano moral a una persona, un servicio o una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con la finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima.

Con respecto a los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación del prevalimiento, esta Sala ha descrito el prevalimiento como el *modus operandi* a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos:

a) Situación manifiesta de superioridad del agente.

b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima, y

c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima.

El Código Penal define el prevalimiento con una nota positiva, como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que exista una situación de superioridad y que ésta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación, no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento, aunque en nuestro casos también se aprecian episodios de esta naturaleza). En tal sentido, SSTS 170/2000, de 14 de febrero, o STS de 10 de octubre de 2003. En definitiva, el prevalimiento por lo que hace a este tipo de delitos exige siempre ese abuso de superioridad del agente que, de hecho, limita la capacidad de decisión del sujeto pasivo que consiente viciadamente y acepta una relación sexual que no quiere.

Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada.

Por el contrario, en el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente.".

El elemento típico del prevalimiento supone la situación de superioridad, de ventaja o de privilegio generada por una ascendencia del sujeto activo sobre el pasivo que instrumentaliza y pone a su servicio la ascendencia

sobre sujeto pasivo para alcanzar las finalidades que persigue en detrimento de la víctima. Se trata de obtener un consentimiento de la víctima viciado por la situación de superioridad que fluye de forma relevante, llegando a coartar la capacidad de decidir de la víctima, al tiempo que correlativamente supone un aprovechamiento de esta situación para obtener el consentimiento y aprovecharse del mismo. En definitiva, el sujeto activo se aprovecha de una situación de superioridad para limitar la capacidad de decisión que un sujeto pasivo que, por su corta edad, por sus condicionamientos psíquicos, o por la ascendencia del sujeto activo o por las especiales concurrencias que se detallen, consiente viciadamente y acepta una relación sexual motivada por esa relación de procedimiento. La libre voluntad aparece condicionada ante la superioridad aprovechada del sujeto activo (STS 567/2019, de 20 de noviembre).

Con respecto a la inexistencia de la prohibición del *non bis in idem* señalar que en la sentencia de esta Sala 589/2019, de 28 Nov. 2019, se afirma que: "No concurre la prohibición del *non bis in idem*, ya que la relación de superioridad se desprende del relato de hechos probados, pues el acusado se sirvió de la confianza generada por la convivencia con la menor, hermana de su pareja y por tanto por la facilidad para quedarse a solas con la niña, precisamente por esa relación de confianza para llevar a cabo las conductas ilícitas... La conducta del recurrente se abona en un entorno de prevalimiento de su posición que le permite llevar a cabo estas conductas subyugando a la menor en la ejecución de estos actos, pero integrando la menor edad la tipicidad en el art. 183 CP y la agravante en el entorno manifiesto en el que se llevan a cabo estas conductas....".

En un sentido diverso, aplicando la agravación en unos abusos cometidos de tío a sobrina, la STS 429/2019, de 27 de septiembre, en la que dijimos que "lo que verdaderamente importa es que el prevalimiento sea idóneo, en el sentido de que evite a la víctima actuar según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá, lógicamente, del caso concreto... y es preciso que exista una situación que de algún modo presione a la víctima (es decir, una situación de superioridad privilegiada) que pueda considerarse suficiente para debilitar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima (STS 855/2015, de 23 de noviembre, entre otras)." En un sentido similar, la STS 188/2019, de 9 abril, donde señalamos que la relación de prevalimiento originada por la singular posición que el acusado tenía como tío de las menores, que evidencia una circunstancia de superioridad y preponderancia indiscutible a favor del acusado, para lograr la ejecución de actos íntimos con las menores que por esa relación al margen de su edad, se hallaban más condicionadas. En el mismo sentido, la STS 739/2015 y los Autos 207/2019 y 590/2019.

En el presente caso, por un lado, no se aprecia por la Sala la agravación del apartado 3º del art. 180.1, por lo que no puede haber la invocada infracción del *principio non bis in idem,* en relación con el apartado 4º, que es la calificación que lleva a cabo la sentencia de instancia. Por otro lado, se aprecia en la actuación del acusado una situación de superioridad manifiesta de la que abusó o se aprovechó frente a su víctima, derivada no solo de su diferencia de edad que es obvia, sino de su ascendencia personal que como compañero sentimental de su madre y padre de uno de sus hermanos, tenía sobre ella, tal y como se desprende del relato de hechos probados.

El acusado, como pareja de la madre de la menor, mantenía una relación con ésta en un entorno familiar, y el mismo se valió de tal situación, así como de la convivencia y de la confianza propia de dicha relación, para llevar a cabo las conductas ilícitas, aprovechando las ausencias laborales y el desamparo de la madre respecto de sus hijos. Y, es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que resulta patente, lo que tiene en cuenta la sentencia de instancia, preponderancia indiscutible a favor del acusado que refleja el relato fáctico, y ello para lograr la ejecución de actos íntimos con la menor que por esa relación al margen de su edad, se hallaba más condicionada.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- 1. El tercer motivo se articula por indebida inaplicación del art. 74 CP: continuidad delictiva castigada con la pena señalada para la infracción más grave (delito de agresión sexual).

Se alega al respecto, que conforme con el relato fáctico procedería apreciar la continuidad delictiva en todos los hechos declarados probados en la sentencia (abuso sexual y agresión sexual), lo que implica que los hechos deberían ser castigados, en su caso, con la pena prevista para el delito de agresión sexual (art. 179 CP), al ser el más grave.

2. Como indica el Ministerio Fiscal en su informe se trata de una cuestión nueva, pues la parte recurrente no planteó en la instancia la calificación jurídica de la conducta como un solo delito de agresión sexual, aunque efectivamente esta calificación jurídica es la adecuada.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Existe una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre la continuidad delictiva en delitos contra la libertad sexual, que es resumida, entre otras, en la sentencia 344/2019, de 4 de julio, en los siguientes términos: "Y en relación al delito continuado de agresión sexual, la STS 609/2013, de 10 julio, hace un resumen de la doctrina jurisprudencial en la materia.

Así señala: "En su evolución jurisprudencial esta Sala considera aplicable el delito continuado en supuestos de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo.

En la STS núm. 463/2006, de 27 de abril, se clasifican los diversos supuestos señalando: "En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar:

a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena.

b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva.

c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos".

Es decir, que debe aplicarse el delito continuado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes (STS de 18 de Junio de 2007).

Y en caso de aplicación del delito continuado, no procede desglosar algunas de las conductas encuadradas en el mismo dolo unitario por el hecho de resultar identificables en cuanto a las fechas, para sancionarlas adicionalmente, pues en tal caso se produce una exacerbación punitiva contraria al principio de proporcionalidad.

En este sentido, la STS. 984/2012, de 10.12, considera la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva en un supuesto de dos agresiones sexuales producidas con un mes de separación y declara que "aunque el art. 74 CP, es tenido en cuenta de forma muy excepcional cuando de agresiones a la libertad sexual de carácter violento se trata, no debe olvidarse la existencia de precedentes en este sentido dentro de la doctrina jurisprudencial.

De hecho, si bien la posibilidad del delito continuado en el caso de los delitos contra la libertad sexual no deja de ser una "excepción a la excepción", como se ha repetido en diversas ocasiones, ante la previsión a este respecto, contenida en el apartado 3 de dicho artículo 74, que permite dicha construcción de continuidad en los casos de "infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales", a pesar de la previa exclusión de tal instituto cuando se trate de ofensas a "bienes eminentemente personales" y de igual modo una serie de Resoluciones de esta Sala han excluido de la mentada posibilidad las agresiones sexuales, remitiéndola tan sólo a las conductas no intimidatorios ni violentas, es decir, a los meros abusos, lo cierto es que, también nos encontramos con pronunciamientos que, de modo puntual, admiten la extensión de ese artículo 74 a las agresiones sexuales.

En concreto, las SSTS de 17 de Julio y 18 de Diciembre de 1991, 22 de Octubre de 1992, 2 de Febrero de 1998, 23 de Diciembre de 1999, 23 de Febrero de 2002 o, la mucho más reciente, de 18 de Junio de 2012, de una u otra forma constituyen claro ejemplo de ello.".

La citada sentencia continua explicando que "Si indagamos en todas esas Resoluciones, de ambos sentidos, el porqué de semejante discriminación entre las agresiones sexuales y los abusos de cara a la posible aplicación del delito continuado, cuando la literalidad del artículo 74, en su referencia genérica a las infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales no establece diferencia de trato alguna entre ellas, llegamos a la conclusión de que semejante criterio no se apoya, en realidad, en una base ontológica propia de la esencia de cada forma de ataque al bien jurídico protegido, la libertad e indemnidad sexuales, igual en ambos supuestos, sino más bien a consecuencias de orden probatorio y de fijación de los hechos que se relacionan con la mayor facilidad de individualización de las agresiones, con su concreto y específico contenido intimidatorio

o violento, frente a la más difusa para una secuencia de abusos sexuales a lo largo del tiempo, lo que lleva a esta Sala a concluir razonando lo impropio que resulta castigar individualmente una serie indeterminada de actos delictivos sucedidos a lo largo del tiempo como dos, tres o más delitos insuficientemente concretados, obligando la lógica " *pro reo*", en estas ocasiones, a concluir en la existencia de un único delito continuado de abuso sexual.".

3. En este caso, conforme al relato fáctico de la sentencia impugnada, los hechos se inician en el verano de 2013 con tocamientos en varias ocasiones, agravándose en progresión delictiva en el mes de julio cuando el acusado la agarró fuertemente a la menor por la espalda y la puso contra la pared, procediendo a penetrarla vaginalmente. Esta conducta la llevó a cabo el procesado prevaliéndose de la situación de superioridad que tenía sobre la menor, al ser pareja sentimental estable de la madre, convivir en el mismo domicilio y aprovechar las ausencias laborales y el desamparo de la madre respecto de sus hijos.

En consecuencia, conforme a la jurisprudencia que hemos expuesto, se trata de un único delito de agresión sexual continuado, que absorbe al delito de menor gravedad constituido por el delito continuado de abusos sexuales, ya que en esta materia, debe aplicarse el delito continuado cuando nos encontremos ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes. En el supuesto, concurre la citada homogeneidad, lo que, junto al hecho de que solo es posible individualizar una única agresión sexual, ya que secuencia en el tiempo de los abusos sexuales no se concreta, resultando difusa en el periodo "verano de 2013", hace que la calificación correcta es la postulada por el recurrente.

El motivo debe ser estimado.

CUARTO.-1. Infracción del art. 66 CP: desproporción de la pena impuesta en el delito de abuso sexual (art. 181.1 CP en relación con el art. 181.5 CP).

Se plantea con carácter subsidiario al anterior motivo, ya que entiende el recurrente que se ha producido una infracción del art. 66 CP en la imposición de la pena en el delito de abuso sexual continuado, pues no obstante se entendiera concurrente la agravación específica del art. 180.1.4ª CP, no es descartable la imposición de la pena de multa (art. 181.1. CP), si bien "en su mitad superior" (art. 181.5 CP).

Como consecuencia de la estimación del anterior motivo, dejando sin efecto la condena por un delito continuado de abuso sexual, éste ha quedado sin contenido.

QUINTO.- Procede declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia (art. 901 LECrim.).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Artemio contra Sentencia de fecha 21 de mayo de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2, en el Rollo de Sala 23/2018, dimanante del Sumario 5/2015 del Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 .

2º) Declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10735/2019 P

Ponente: Excma. Sra. D.ª Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

En Madrid, a 23 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10735/2019-P interpuesto por **D. Artemio** , representado por la procuradora D. Ramiro Reynolds Martínez, bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Ordinas Pou; contra Sentencia de fecha 21 de mayo de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2, en el Rollo de Sala 23/2018, dimanante del Sumario 5/2015 del Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 por delitos de abuso sexual y violación, que ha sido casada por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos/mas. Sres/Sras. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se reproducen los Antecedentes de Hecho de la Sentencia de fecha de fecha 21 de mayo de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2, en el Rollo de Sala 23/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el Tercero de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de casación, procede la estimación parcial del recurso, declarando que los hechos declarados probados son constitutivos del delito continuado de agresión sexual de los artículos 179 y 180.1.4ª del Código Penal, en relación con el art. 74, del mismo texto legal.

En cuanto a la pena a imponer, los citados preceptos legales castigan las conductas en ellos descritas con la pena de doce a quince años de prisión, que por aplicación de las reglas de la continuidad delictiva debe ser impuesta en su mitad superior -de trece años y seis meses a quince años de prisión-, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado (art. 74.1 CP).

En el presente caso, no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el Tribunal razona en el FD 5º que "se estima ajustado a Derecho imponer al causado la pena de doce años por el delito de agresión sexual al no constar ni exponerse elementos incriminatorios que permitan imponer pena superior a la mínima legal", en concordancia con el citado criterio, procede imponer al acusado la pena mínima de trece años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta, y la pena de alejamiento y prohibición de comunicación con la víctima durante catorce años y seis meses (art. 57 CP) y siete años de libertad vigilada (art. 192 CP). Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

CONDENAMOS a Artemio como autor de un delito continuado de agresión sexual a las penas de **trece años y seis meses de prisión**, inhabilitación absoluta por igual tiempo, y prohibición de comunicación con la víctima durante **catorce años y seis meses**, así como, a **siete años** de libertad vigilada. Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, en cuanto no se opongan a la presente resolución.

2º Declaramos de oficio las costas devengadas en la primera instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ