

Roj: **STS 252/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:252**Id Cendoj: **28079120012014100031**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/02/2014**Nº de Recurso: **10555/2013**Nº de Resolución: **55/2014**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JOSE MANUEL MAZA MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Febrero de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Jenaro** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Segunda) que le condenó por delitos de **agresión sexual y violación**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Montesinos Follarat.

### I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número único de Archidona instruyó Sumario con el número 1/12 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2ª que, con fecha 12 de abril de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **ÚNICO.-** *Apreciadas en conciencia las pruebas practicadas resulta probado y así se declara que el procesado, Jenaro, es abuelo materno de Nicolasa, nacida el día NUM000 de 1993. Aprovechándose de dicha circunstancia, en fecha no determinada, pero en todo caso entre los años 2007 y 2009, un día de verano que su nieta se encontraba durmiendo la siesta en el garaje del domicilio sito en la C/ DIRECCION000 nº NUM001 de Archidona, el procesado requirió la presencia de la menor en la habitación en que él se hallaba, masturbándose a en principio se negó la niña pero al insistir su abuelo acudió a dicho lugar encontrándose al mismo masturbándose con los pantalones y calzoncillos bajados, diciendo Jenaro a su nieta que continuara haciéndolo ella, negándose Nicolasa en un principio pero al manifestarle su abuelo que "si no lo hacia se iba a enterar", accedió a ello, masturbándole hasta que el procesado eyaculó, diciendo a continuación a la niña que fuera a lavarse las manos y no dijera anda a nadie. Mientras Nicolasa a su abuelo este no cesaba de tocarle los pechos.*

*Meses después, en el mismo domicilio antes dicho, Jenaro, al salir de la ducha en albornoz, su nieta Nicolasa la siguió a su habitación y allí la agarró fuertemente de un brazo llevándola al dormitorio de los padres de la niña, donde le pidió que se quitar el albornoz y se tumbara en la cama, Nicolasa se negó a ello así como realizar a su abuelo los tocamientos que éste solicitaba, por lo que Jenaro la tiró sobre la cama, logrando mediante la fuerza separar la piernas de la menor y meter un dedo en su vagina, lo que hizo que Nicolasa comenzara a sangrar, continuando su abuelo metiendo y sacando el dedo de la vagina de Nicolasa a pesar de las protestas de esta, continuando con tal práctica hasta que al menor logra escapar propinándole un golpe en la mano de su abuelo" [sic]*

**SEGUNDO.** - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a Jenaro a la pena de **5 AÑOS de PRISIÓN**, accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese plazo y **prohibición de aproximarse a menos de quinientos metros de Nicolasa, su domicilio o lugar de trabajo y comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de**



**10 años**, como autor de un delito de agresión sexual sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; a la pena de **13 AÑOS DE PRISIÓN**, accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese plazo y **prohibición de aproximarse a menos de quinientos metros de Nicolasa, su domicilio o lugar de trabajo y comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de 15 años**, como autor de un delito de violación sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; y al pago de las costas del juicio. *Así mismo se le condena a indemnizar a Nicolasa en la suma de 9.000 €.*

*Abónese los días indicados en el tercer antecedente.*

*Notifíquese a las partes haciéndoles saber que no es firme y contra esta resolución cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta misma Sala dentro de los 5 días siguientes a su notificación. Depositese en Secretaría previo testimonio en la causa.* "[sic]

**TERCERO.** - Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.** - El recurso interpuesto por **Jenaro** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

**Primero.-** Al amparo del artº. 849, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artº. 5.4º de la L.O.P.J., al no haberse observado el principio de presunción de inocencia establecido en el artº. 24. 2º de la Constitución, por falta de pruebas.

**Segundo.-** Al amparo del artº. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerarse infringido precepto penal sustantivo, concretamente no haberse aplicado a los hechos enjuiciados el Capítulo II, del Título VIII, del Libro II, del Código Penal, de abusos sexuales.

**Tercero.-** Al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar que se ha infringido precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter, concretamente no haberse aplicado a los hechos enjuiciados el artículo 74 del Código Penal.

**Cuarto.-** Al amparo del artº. 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

**QUINTO.** - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en informe de 16 de septiembre de 2013, solicitó la inadmisión de todos los motivos del recurso interpuesto y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 28 de enero de 2013.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de sendos delitos contra la libertad sexual, a las penas respectivas de cinco y diez años de prisión, fundamenta su Recurso de Casación en cuatro diferentes motivos, de los que el Primero denuncia, con cita del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 24.2 de la Constitución Española, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del condenado por falta de prueba bastante de su responsabilidad criminal, ya que no resulta creíble la versión inculpativa ofrecida por la denunciante.

En multitud de ocasiones, cuya cita explícita resulta ociosa por su reiteración, ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal a propósito del concepto, naturaleza, eficacia y alcance procesal del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, que aquí se alega motivando, en su supuesta vulneración, la impugnación de la Resolución recurrida.

No obstante, de tan copiosa y pormenorizada doctrina acerca de la presunción de inocencia aquí invocada, sí hemos de resaltar: a) que se trata de un derecho fundamental que toda persona ostenta y, en cuya virtud, ha de presumirse inicialmente inocente ante las imputaciones que contra ella se produzcan en el ámbito de un procedimiento de carácter penal o, por extensión, de cualquiera otro tendente a la determinación de una concreta responsabilidad merecedora de cualquier clase de sanción de contenido aflictivo; b) que presenta una naturaleza "reaccional", o pasiva, de modo que no precisa de un comportamiento activo de su titular sino que, antes al contrario, constituye una auténtica e inicial afirmación interina de inculpatibilidad, respecto de quien es objeto de acusación; c) pero, por el contrario y así mismo, que tal carácter de interinidad, o de presunción "iuris tantum", es el que posibilita, precisamente, su legal enervación, mediante la aportación,



por quien acusa, de material probatorio de cargo, válido y bastante, sometido a la valoración por parte del Juzgador y desde la inmediación, de la real concurrencia de esos dos requisitos, el de su validez, en la que por supuesto se ha de incluir la licitud en la obtención de la prueba, y el de su suficiencia para producir la necesaria convicción racional acerca de la veracidad de los hechos sobre los que se asienta la pretensión acusatoria; y d) correspondiendo, en definitiva, a este Tribunal, en vía casacional y tutela del derecho de quien ante nosotros acude, la comprobación, tanto de la concurrencia de los referidos requisitos exigibles a la actividad probatoria, como de la corrección de la lógica intrínseca en la motivación sobre la que la Resolución impugnada asienta su convicción fáctica y la consecuente conclusión condenatoria.

Pero todo ello por supuesto sin que, en ningún caso, resulte permisible que nuestra actividad se inmiscuya en la función estrictamente valorativa de la prueba, que corresponde, en exclusiva, a la soberanía del Tribunal "a quo".

Y así, a la luz de los anteriores presupuestos, en el presente caso se advierte que la Audiencia sí que dispuso, en realidad, de material probatorio, susceptible de valoración, tal como el constituido, esencialmente, por la declaración de la propia víctima del delito, corroborado plenamente con otros aportes probatorios a los que más adelante se aludirá.

Dicha prueba, con matices diferentes de la del testimonio del ajeno a los hechos, no obstante es sin duda existente, en este supuesto, y plenamente válida para constituir auténtico acervo probatorio objeto de valoración, al haberse obtenido sin tacha alguna de ilicitud y practicado con estricto cumplimiento de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, siendo, así mismo, considerada suficiente en multitud de Resoluciones de este Tribunal, para enervar, con ciertos requisitos, el derecho a la presunción de inocencia del acusado, máxime en el enjuiciamiento de conductas como las que son objeto de estas actuaciones, caracterizadas, en la práctica totalidad de los casos, por la clandestinidad de su producción y, por ende, por la dificultad de su probanza a través de medios externos a los propios implicados directamente en los hechos.

Es, no obstante, respecto de esa suficiencia de tal prueba en supuestos como el que aquí nos ocupa, que la doctrina de este Tribunal viene insistiendo en una serie de criterios cuya concurrencia determina la credibilidad de la versión del declarante y su suficiencia incriminatoria.

Una vez más hemos de recordar que no se trata con ello de enmendar la actividad valorativa llevada a cabo por el Juzgador de instancia, sino de ofrecer, de una parte, el precedente de los elementos que éste ha de tener en cuenta a la hora de medir la exigencia necesaria para otorgar eficacia bastante a esa prueba y, de otra, ya ubicados en este cauce casacional, de posibilitar el debido control de la correcta aplicación de esos criterios, en tutela del fundamental derecho a la presunción de inocencia que al acusado ampara.

De este modo, tales criterios internos a la propia declaración, que reiteradamente se mencionan, son: a) la ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre el declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento ( arts. 109 y 110 LECr ) o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de tal versión; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad.

Pero la reciente doctrina de esta Sala, ahondando aún más en la exigencia de una superior certeza en el análisis de la referida credibilidad, viene a su vez demandando que, a los anteriores criterios valorativos, que no requisitos de credibilidad, se añada el plus probatorio de unas corroboraciones objetivas, con origen en otras fuentes probatorias, que acompañen y complementen el sentido incriminatorio de la versión de quien se presenta como víctima del delito enjuiciado.

Y en tal sentido, pasando la construcción de la Sentencia recurrida por el tamiz de los referidos axiomas doctrinales, a fin de comprobar que en la misma se ha otorgado el respeto debido a la presunción de inocencia del recurrente, se advierte que dicha Resolución está tan debidamente motivada en la forma de su argumentar como sólida resulta en los elementos probatorios en los que su convicción se apoya.



En efecto, no sólo la versión de la denunciante es, en este caso, persistente en su incriminación y carente, a lo largo de todo el procedimiento, de contradicciones esenciales acerca de lo acontecido, sino que se ve además auxiliada por los necesarios datos objetivos, como la oportunidad para el acaecimiento de los hechos, que se deriva de la evidente relación familiar entre denunciante y acusado, y las referencias al comportamiento de éste que nos ofrece la madre de Nicolasa, afirmando que casos semejantes al aquí enjuiciado ella misma sufrió tiempo atrás cuando la testigo, madre de la denunciante e hija del denunciado, convivía con el padre, que hoy cuenta con setenta y cuatro años, en su minoría de edad, finalizando cuando ella le advirtió de la intención de hacer partícipe a su novio de tales hechos, si no cesaban.

Versión que es igualmente confirmada por otro testimonio de un miembro de la familia, hijo del recurrente y tío de Nicolasa, que declara, a su vez, que también a él le refirió su esposa hechos semejantes sufridos por su hija menor, de diez años de edad, lo que en su día ya motivó la oportuna denuncia. Enterándose, así mismo, que su hermana menor, y no sólo la madre de Nicolasa, de igual modo sufrió en su día actos semejantes.

A lo que deben añadirse las manifestaciones de los Médicos Forenses que, para la emisión de su Informe pericial, se entrevistaron con Jenaro, relatando que éste les reconoció la comisión de los hechos, aunque calificándolos como si de un "juego" se tratase.

Explicación que el propio recurrente ofreció en sede judicial, si bien rebajando la intensidad de su conducta al aludir a simples tocamientos que la menor aceptaba voluntariamente.

En tanto que, por el contrario, no consta la concurrencia de elemento objetivo alguno que avale críticas de inveracidad dirigidas contra la versión inculpatoria que dirige la denunciante contra su propio abuelo. Antes al contrario, en el Recurso no se menciona circunstancia alguna que a ello se refiera.

En cualquier caso, no resulta censurable, en modo alguno, la valoración que el Tribunal "a quo" lleva a cabo en su Sentencia, sino que, contra lo alegado en el Recurso, la misma se asienta en una motivación completa, exhaustiva respecto del material probatorio disponible y plenamente lógica y razonable en su argumentación, para fundamentar la convicción de quienes, tampoco lo olvidemos, gozaron del privilegio de la inmediatez en la percepción directa de la práctica de tales pruebas.

A la vista de lo anterior y puesto que, según lo ya dicho, el análisis del testimonio de la víctima, a propósito de su plena credibilidad, ha de reputarse en todo correcto y que, por ello, existió en el enjuiciamiento en la instancia prueba de cargo válida y eficaz para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, el referido primer motivo no merece otro destino que el de su íntegra desestimación.

**SEGUNDO.** - El siguiente motivo, Cuarto en el orden del Recurso, se refiere a infracción de Ley por error de hecho en la apreciación y valoración de la prueba ( artículo 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ), llevadas a cabo por el Tribunal "a quo", a la vista del contenido de las declaraciones prestadas en el acto del Juicio oral.

Y en tal sentido, el supuesto 2º del artículo 849 de la Ley procesal penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

La infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperidad.

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "*litosuficiente*", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior. En este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e informes periciales, por muy "documentada" que se encuentre en ellos no alcanza el valor de verdadero "documento" a estos efectos casacionales.

Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles para el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir,





sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento ( SsTS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2001 ).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, el motivo en el presente supuesto claramente aparece como infundado, toda vez que, conforme lo visto, las declaraciones contenidas en las actuaciones, por su carácter personal y susceptible de valoraciones alternativas, no pueden considerarse hábiles para evidenciar ese error incuestionable, en los hechos declarados probados en la instancia, en el que consiste el fundamento y la razón de ser del presente cauce casacional.

Razones por las que también este motivos ha de desestimarse.

**TERCERO.-** Finalmente, los dos motivos restantes, por la vía del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , aluden a tres distintas infracciones de Ley por improcedente aplicación de los artículos 178 y 179 del Código Penal e indebida inaplicación de su artículo 74.

El cauce casacional ahora utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que ha de partir, no obstante, de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que inicialmente le es propia.

A) En este sentido, es clara en primer lugar la improcedencia de las dos primeras alegaciones, contenidas en el motivo Segundo del Recurso, relativas a la incorrecta calificación del los dos hechos contenidos en el "factum" de la recurrida como sendos delitos de agresión sexual, cuando lo adecuado, según quien recurre, habría sido considerarles como simples abusos ( art. 180 CP ) por la ausencia de intimidación o violencia.

En cuanto a tales alegaciones, procede la desestimación puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, al aplicar los artículos de referencia, 178 y 179 del Código Penal vigente, que definen el delito contra la libertad e indemnidad sexual, en su categoría de agresión y con penetración en el segundo de ellos al haber introducido un dedo en la vagina de la muchacha, con lo que le llegó a producir dolor y sangrado. Conducta cuya gravedad se incrementa además, de acuerdo con las previsiones del artículo 180, a la vista del prevalimiento del autor en su condición de abuelo de la víctima.

Sostiene el recurrente que no existe en realidad violencia ni intimidación en ninguno de ambos hechos, por lo que los mismos serían tan sólo constitutivos de simples abusos sexuales en lugar de verdaderas agresiones, pero si ha de concluirse, como dijimos, en el estricto respeto a los términos en los que se describen los hechos declarados probados por la Audiencia, advertimos cómo no sólo es rotundo y claro tal relato cuando en el segundo de los episodios se afirma literalmente que el acusado "... *la tiró sobre la cama, logrando mediante la fuerza separar las piernas de la menor y meter un dedo en su vagina ...*", lo que constituye sin duda un claro acto de violencia para someter la voluntad de la víctima, sino que también en el primero de ellos se refiere una conducta intimidativa dirigida al mismo fin al advertir Jenaro a su nieta que si no le masturbaba "... *se iba a enterar ...*", expresión que a pesar de su relativa inconcreción, en el contexto en el que el hecho se lleva a cabo, presenta un carácter amenazante indudable, hasta el punto de que con esa sola manifestación obtuvo su propósito de doblegar la actitud inicial de resistencia y claramente renuente de la joven.

Lo que conduce a la desestimación de este motivo.

B) Distinta cuestión es, sin embargo, la relativa a la aplicación de la continuidad delictiva a la que se refiere en artículo 74 del Código Penal , interesada en el motivo Tercero del Recurso.

En efecto, aún cuando los pronunciamientos de esta Sala en esta materia no se caracterizan, en general, por una absoluta uniformidad aplicativa, siguiendo unas pautas centradas en el casuismo y las peculiaridades propias de cada supuesto, como líneas maestras de esta doctrina pueden señalarse las siguientes:



- a) Un punto de partida caracterizado por la reticencia en la aplicación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de la continuidad delictiva, dado el carácter claramente personal del bien jurídico protegido ( SsTS de 28 y 30 de Junio de 2004 , entre muchas otras en este mismo sentido).
- b) La aceptación, no obstante, de una tal posibilidad, en ciertos supuestos concretos y siempre con carácter restrictivo ( SsTS de 29 de Septiembre de 2995 y 30 de Enero de 2009 , por ejemplo).
- c) Los requisitos generales que posibilitan dicha aplicación no serían otros que el de la unidad de sujeto activo y pasivo del ilícito, la analogía de las circunstancias de tiempo y lugar, así como su proximidad correspondiéndose a un mismo impulso libidinoso ( SsTS de 19 de Octubre de 2005 , 28 de Noviembre de 2007 , 5 de Noviembre de 2008 y 10 de Noviembre de 2009 , etc.).
- d) Debiendo precisarse, sin embargo, que no cabe confundir el delito continuado con aquellos casos en los que la acción se produzca bajo la misma situación de violencia, en el mismo marco de espacio y tiempo y entre un mismo sujeto activo y otro pasivo pues, en esas ocasiones, aunque se llevasen a cabo una pluralidad de accesos sexuales, incluso por diferentes vías, nos encontraríamos ante una " *unidad de acto* " y, por ende, un único delito ( SsTS de 31 de Enero de 2006 y 15 de Octubre de 2009 ).
- e) Por ello, en aquellos supuestos en los que, en diferentes y sucesivos tiempos se cometan ataques a la libertad sexual, queda excluida la agrupación de los mismos en una sola acción delictiva pero sí que podría excepcionalmente afirmarse la continuidad, cuando concurren circunstancias que avalen ese carácter continuado y unitario tales como la homogeneidad de los hechos que responden a un plan del autor único y presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo, en circunstancias semejantes mantenidas y comunes a todas las agresiones en cuestión ( SsTS de 1 y 3 de Diciembre de 2004 , entre otras).
- f) Hipótesis ésta por la que generalmente viene optando la doctrina jurisprudencial cuando nos hallamos ante aquellos comportamientos ilícitos acaecidos en el seno de una convivencia familiar a lo largo del tiempo, incluso dilatado, en los que cabe hablar del aludido dolo unitario y semejanza de circunstancias, ocasiones y características, aún cuando la mecánica de cada un de tales acontecimientos no fuere idéntica pues, en otro caso, nos encontraríamos con la paradoja de que una reiteración frecuente de agresiones semejantes recibiría un castigo inferior al de dos o tres de ellas que, producidas en el mismo ámbito que aquellas, se diferenciaran en cuanto a matices en su forma de comisión (así, las SsTS de 23 de Diciembre de 1999 , 12 de Julio de 2004 o 9 de Junio de 2008 ).

Y, dicho lo anterior, en los hechos objeto de enjuiciamiento, aunque se advierten dos episodios entre sí diferenciados temporalmente por el transcurso aproximado, ya que no han podido concretarse exactamente las fechas de cada uno de ellos, de dos meses y, tratándose de sendas agresiones sexuales, en la primera de ellas no existe penetración y en la segunda sí, por la introducción en la vagina de un dedo, lo cierto es que concurren los requisitos esenciales para la consideración de la continuidad delictiva, a saber, la unidad de sujeto activo y pasivo, la semejanza de circunstancias de tiempo y lugar y la unidad de plan y dolo por parte de su autor, que los lleva a cabo en el seno de una relación familiar, constitutiva ya por su parte de agravación específica, mantenida en el tiempo y en el espacio de convivencia.

Debiendo, por lo tanto, estimar el motivo y corregir la indebida inaplicación de la continuidad delictiva, con las consecuencias punitivas que de ello se derivan de acuerdo con lo que se dirá en la Segunda Sentencia que, seguidamente a ésta, habrá de dictarse.

**CUARTO.-** Dada la conclusión parcialmente estimatoria del Recurso, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la declaración de oficio de las costas procesales causadas.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Jenaro contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga, el 12 de Abril de 2013 , por delitos contra la libertad sexual, que casamos y anulamos en parte, debiéndose dictar a continuación la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Jose Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados Perez

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Febrero de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción Único de Archidona con el número 1/2012 y seguida ante la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2ª por delito de agresión sexual, contra Jenaro con DNI número NUM002 , nacido el NUM003 de 1938, en Sevilla, hijo de Porfirio y de Azucena , y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 12 de abril de 2013 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** , integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2ª.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

**SEGUNDO.-** Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Tercero de los de la Resolución que precede, resultando aplicable, en el presente supuesto, la continuidad delictiva prevista en el artículo 74 del Código Penal , debe imponerse una única pena que abarque los dos delitos objeto de condena, conforme a la regla de determinación de la misma en ese precepto contenida, es decir, la aplicación de la mitad superior de legalmente establecida para la infracción más grave, que es aquí claramente inferior a la doble e independiente sanción.

Lo que nos sitúa en un abanico posible que transcurre entre los doce años y seis meses y los quince de prisión que, en esta ocasión y en orden de una debida individualización de la misma, atendidas la gravedad de los hechos y las características de su autor, habrá de alcanzar los catorce años de privación de libertad, además de las correspondientes accesorias.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado, Jenaro , como autor de un delito continuado de agresión sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena única de catorce años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse al domicilio y lugar de trabajo de Nicolasa a menos de quinientos metros y de comunicarse con ella por cualquier medio durante quince años, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Resolución de instancia, incluido el pronunciamiento indemnizatorio y el de imposición de las costas procesales causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Jose Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados Perez

**PUBLICACIÓN .-** Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.