

Roj: **STS 4735/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4735**Id Cendoj: **28079120012016100831**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **31/10/2016**Nº de Recurso: **621/2016**Nº de Resolución: **818/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Artemio**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección I, por delito de abusos sexuales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. García Martínez; siendo parte recurrida **Jacinta** (en concepto de Acusación Particular), representada por la Procuradora Sra. Carazo Gallo.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, instruyó Sumario nº 1344/2014, seguido por delito de abusos sexuales, contra **Artemio**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección I, que con fecha 21 de Enero de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"UNICO.- Estando probado y así se declara que en algún momento de la madrugada del 27 al 28 de febrero de 2014, estando Doña Jacinta -nacida el NUM000 de 1995- acostada y durmiendo en la habitación de su padre, el procesado Artemio -nacido el NUM001 de 1969-, en el domicilio de él, éste, con la finalidad de mantener relaciones sexuales con ella, comenzó a acariciarla al tiempo de despojarla de su ropa para, a continuación, introducir su pene por vía vaginal sin hacer uso de violencia o intimidación, manteniendo con ella relaciones sexuales cesando justamente antes de eyacular, yéndose al baño donde eyaculó.- El acusado se aprovechó del estado de somnolencia en la que estaba la denunciante, al haberse tomado antes de acostarse una dosis superior a la habitual de la medicación que tenía prescrita para la depresión que padecía consistente en Rivotril 0,5 mg y Trioleptal 300 mg -dos pastillas de cada una-, que aquél obligó que se tomara con la excusa de que era necesario, medicamentos que mermaron considerablemente las facultades volitivas de la misma, impidiéndola resistirse como así era su intención al ser consciente de lo que estaba sucediendo.- Doña Jacinta tenía entonces graves problemas psicológicos que arrastraba desde su infancia, padeciendo una importante depresión, lo cuál era conocido por su padre, e igualmente fue a vivir con éste a instancia del mismo en cuanto vivía en la calle sin hogar. El acusado se aprovechó de tales circunstancias para lograr mantener relaciones sexuales con ella.- El procesado Artemio ha sido ejecutoriamente condenado por sentencia de 8 de agosto de 2005, firme el mismo día, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. Uno de Las Palmas de Gran Canaria como autor de un delito de lesiones y maltrato familiar; y por sentencia de 5 de octubre de 2005, firme el mismo día, del Juzgado de lo



Penal núm. Cinco de Las Palmas de Gran Canaria como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas y de un delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil". (sic)

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

"FALLO: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado D. Artemio , ya circunstanciado, como autor penalmente responsable de un DELITO DE ABUSO SEXUAL CON PENETRACIÓN, CON USO DE FÁRMACOS Y CON APROVECHAMIENTO DE VULNERABILIDAD, en grado de consumación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, PROHIBICIÓN DE ACERCARSE AMENOS DE 500 METROS DE DÑA. Jacinta , ASÍ COMO LA DE COMUNICARSE CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO POR PLAZO DE 15 AÑOS, PROHIBICIONES QUE HABRÁN DE CUMPLIRSE SIMULTÁNEAMENTE CON LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA, Y COSTAS (INCLUYENDO LAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR), ASÍ COMO A QUE INDEMNICE A DÑA. Jacinta EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS MORALES OCASIONADOS EN LA CANTIDAD DE 15.000 EUROS, CON APLICACIÓN DE LOS INTERESES PREVISTOS EN LOS ARTS. 576 Y 580 DE LA LEC .- Asimismo se acuerda que el penado no pueda acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta que cumpla la mitad de la pena de prisión impuesta". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación 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 del recurrente formalizó el recurso de casación alegando los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por el art. 852 LECriminal , denuncia vulneración del art. 24.2 C.E .

SEGUNDO: Por el art. 852 LECriminal , denuncia vulneración del art. 24.1 C.E .

TERCERO: Por el art. 849.1 LECriminal denuncia infracción del art. 181 Cpenal .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 19 de Octubre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 21 de Enero de 2016 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria condenó a Artemio como autor de un delito de abuso sexual con penetración, abuso de fármacos y vulnerabilidad a la pena de ocho años de prisión, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que en la madrugada del 27 al 28 de Febrero estando Jacinta acostada y durmiendo en la habitación de su padre, el recurrente Artemio , comenzó a acariciarla al tiempo que le despojaba de la ropa para seguidamente introducir el pene en vía vaginal, sin violencia ni intimidación, manteniendo relaciones sexuales plenas que cesaron justo antes de la eyaculación.

El recurrente aprovechó el estado de somnolencia de Jacinta ya que a instancias de Artemio , su hija ingirió una dosis muy superior a la que tenía prescrita para la depresión que padecía, consistente en Rivotril 0'5 y Trioleptal 0'5. A instancias de su padre ingirió dos pastillas de cada fármaco lo que mermó sus facultades volitivas, impidiéndole resistirse no obstante ser consciente de lo que estaba sucediendo.

Jacinta arrastraba desde su infancia una depresión lo que era conocido por su padre, habiéndose ido a vivir con ella él cuando vivía en la calle.

El condenado ha formalizado recurso de casación, que lo desarrolla a través de **tres motivos** , a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Segundo.- El **motivo primero** de los formalizados por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia .

En una larga argumentación que ocupa 14 folios del escrito del recurso, el recurrente cuestiona la credibilidad del testimonio de la víctima como prueba capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

Considera el recurrente que la argumentación del Tribunal de instancia que acabó concediendo credibilidad al testimonio de la víctima, carece de razonabilidad, que no resulta probada la ingesta excesiva de fármacos, que



no se efectuara análisis de orina o sangre que pudieran acreditar la misma ingesta, que no relató determinados hechos en el interrogatorio que le efectuó el Ministerio Fiscal y que visto el tipo de vida que Jacinta llevaba, carece de credibilidad todo su testimonio, y en definitiva, se solicita de esta sede casacional que efectúe una nueva revisión de toda la prueba practicada sin limitación alguna.

Debemos recordar cual es el *ámbito del control casacional* cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala, que en relación a tal denuncia esta Sala debe efectuar una *triple verificación*.

a) En primer lugar, debe analizar el *"juicio sobre la prueba"*, es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella 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 sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.

b) 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 la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar *"el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"*, es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza inculpativa para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión *intra processum*, porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, sino también, *extra processum*, ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de *aceptación social de la actividad judicial*.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, *en sí misma considerada*, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir 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, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1065/2009, 1333/2009, 104/2010, 259/2010 de 18 de Marzo, 557/2010 de 8 de Junio, 854/2010 de 29 de Septiembre, 1071/2010 de 3 de Noviembre, 365/2011 de 20 de Abril, 1105/2011 de 27 de Octubre, 1039/2012 de 20 de Diciembre, 33/2013 de 24 de Enero, 663/2013 de 23 de Julio, 82/2014 de 13 de Febrero, 181/2014 de 13 de Marzo, 705/2014 de 31 de Octubre, 395/2015 de 19 de Junio ó 748/2015 de 17 de Noviembre, entre otras–.

No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, *intermediación que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar*.

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional –últimamente en la STC 68/2010–: *"...no le corresponde revisar al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta..."*.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como *Tribunales de legitimación de la decisión adoptada* en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas – SSTS de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio, entre otras–, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

Tercero.- Desde la doctrina expuesta, verificamos en este control casacional que *no le acompaña la razón al recurrente en su denuncia*.



En el f.jdco. primero de la sentencia se hace referencia a la reiterada doctrina de esta Sala que tiene establecido que la *declaración de la víctima* tiene la capacidad suficiente para constituir *la prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia*.

Dicha declaración efectuada en el Plenario es coincidente en lo sustancial con las anteriores declaraciones efectuadas por Jacinta y su credibilidad fue contrastada por el Tribunal de instancia desde *la triple perspectiva* de verosimilitud, persistencia y ausencia de incredibilidad subjetiva, verificando el Tribunal de instancia que la misma, además, está *corroborada* por datos periféricos y en tal sentido se hace referencia en la sentencia a la declaración de D^a Gabriela que es la persona que tuvo acogida a Jacinta durante varios años, viviendo también el padre de Jacinta –el recurrente– que a la sazón fue pareja sentimental de Gabriela, situación que ya no existía cuando ocurrieron los hechos. Pues bien D^a Gabriela se refirió a la infancia traumática de Jacinta, así como a la depresión que padece, lo que por otra parte coincide con el informe médico-forense de los folios 67 a 69 a los que posteriormente nos referiremos.

Considera el Tribunal que la *fuerza convictiva* de la declaración de Jacinta aparece corroborada por la declaración de D^a Gabriela, si bien no en relación a lo acontecido aquella noche, sino en un aspecto referencial de que Jacinta le contó que su padre había abusado de ella la noche de autos.

Retenemos el siguiente párrafo de dicho f.jdco. segundo de la sentencia que resulta muy expresivo:

"...En tal sentido, Dña. Gabriela, más allá de exponer las vicisitudes de su relación con la denunciante, a la que conociere siendo una niña de poco más de nueve años con una dura infancia a sus espaldas, interna en un centro de acogida, con la que se encariñó llegando a acogerla en sus días libres y periodos vacacionales hasta que pasó a residir directamente con ella en su casa, así como con el acusado, siendo en realidad esa afectiva relación con la niña la que lo acercare sentimentalmente al mismo, señaló que apreciaba comportamientos de éste hacia su hija que no eran normales en una relación entre padre e hija. Así indica que siempre le daba besos en la boca, que quería entrar en el baño cuando ella se duchaba para bañarla cuando la niña tenía ya 16 años, que insistió en darle una crema en la zona vaginal para una cistitis cuando la denunciante ya estaba en la pubertad pese a que Dña. Gabriela entendía que debía hacerlo ella, y que hacía constantes alusiones a que si no fuera su hija le comía la boca. Frente a la ausencia de explicación alguna por el acusado del motivo por el cuál cesara su relación con Dña. Gabriela, esta dispone claramente que lo echó de casa al no querer contacto alguno con él visto esa anómala relación que quería tener con su hija. Fue tal la desconfianza que tenía hacia el acusado, la que motivare que nunca dejaba que la niña se quedara sola con su padre, y que cuando ella quiso marcharse cumplidos los 18 años, el único consejo que le dio es que se fuera con quién quisiese menos a vivir con aquél, pues temía que pudiese ocurrir algo como lo que finalmente denunciara la chica...."

A ello se añade por el Tribunal la declaración de D^a Encarnación, pariente de la denunciante y a cuya casa acudió Jacinta tras lo acontecido.

"...Respecto de la declaración de Dña. Encarnación, pariente de la denunciante a cuya casa acudiere tras lo acontecido, más allá de imprecisiones sobre lo que le contara Jacinta que había ocurrido, pone de manifiesto el dato sustancial de que ésta acudiere a su casa pidiéndole quedarse con ella contándole que su padre había abusado sexualmente de la misma la noche anterior. Poco más cabe extraer. Sin embargo, su relación con los hechos deviene de esa misma implicación posterior que le hiciere partícipe Jacinta pidiéndole que la acogiera, pero en el contexto de ausencia de motivo de clase alguna para sostener una confabulación entre ella y Jacinta para perjudicar al acusado. Ni su declaración en el plenario, incluyendo las preguntas a las que fuere sometida por la defensa, denotan que dicha testigo esté faltando a la verdad en cuanto al hecho nuclear de que Jacinta acudiere a su casa pidiéndola que la acogiera por haber sufrido abusos sexuales de su padre la noche anterior...."

Finalmente se hace referencia al informe médico relativo a los efectos de la medicación –más exactamente de la sobremedicación–, que puede producir en la persona la ingesta de dos pastillas de las que tomaba Jacinta –Rivotril y Trioleptal–. Obviamente el informe no acredita que se tomara tales pastillas el día de los hechos, pero lo que acredita son los efectos adversos que se podían haber producido con tal sobredosificación.

Se dice en dicho informe en relación al Rivotril y al Trioleptal, lo siguiente:

"Rivotril: variable sensiblemente de una persona a otra, según la edad, el peso y la respuesta individual al medicamento. Los síntomas pueden ir desde cansancio y mareo hasta ataxia (descoordinación de los movimientos voluntarios), somnolencia (sueño), falta de respiración, ausencia de reflejos, hipotensión (tensión baja) y estupor (baja respuesta a estímulos) y, por último, coma con depresión respiratoria e insuficiencia circulatoria.

"Trioleptal: somnolencia, mareos, sensación de mareo (náuseas), estar mareado (vómitos), aumento de movimientos incontrolados, adormecimiento, confusión, contracciones musculares o empeoramiento significativo de las convulsiones, problemas de coordinación y/o movimientos involuntarios en los ojos".



Además la sentencia se refiere a que *el propio recurrente reconoció que Jacinta se tomó las pastillas porque él le obligó*, dice que se trató de una pastilla para merendar y otra para cenar, cuando Jacinta siempre dijo que fueron dos pastillas de cada uno, y a la hora de acostarse, *alegando el padre como justificación* de tal sobredosis porque su hija estaba muy nerviosa por una discusión que había tenido con una tía suya, en tanto que la dosis ordinaria que tomaba Jacinta era la de un cuarto de pastilla cuando estaba nerviosa, lo que confirmó Gabriela.

En definitiva, el Tribunal razonó la credibilidad que le merecía el testimonio de Jacinta, y en tal sentido se dice que:

"...Esta Sala se cree firmemente a la víctima, entendemos que las mismas (razones) son suficientes como para exteriorizar esa convicción sobre la base de argumentos no solo claros, sino objetivamente aceptables justamente comprobando la grabación del juicio oral..." --f.jdco. segundo--, por ello rechazó fundadamente la versión del recurrente relativa a una mera *fabulación* de Jacinta producto de la medicación.

Del f.jdco. quinto de la sentencia recurrida retenemos su primer párrafo :

"...Y esto y no otra cosa es lo que se advierte en la declaración del acusado. La prueba de cargo practicada es ya suficiente por las razones expuestas en fundamentos precedentes para la condena, y frente a ella, aunque el acusado, de forma completamente legítima, ha venido manteniendo un relato claramente exculpatario, que en esta línea nada habría que objetar en la medida en que si un acusado se considera realmente inocente es obvio que debe negar unos hechos que entiende inveraces, lo cierto es que ha incurrido en diversas contradicciones que lastran su credibilidad, lo que, en correlación con la prueba de cargo practicada, hacen que la apreciación probatoria de su declaración sea inviable en términos de anular la reseñada prueba de cargo, o cuanto menos, para hacer surgir en el seno del Tribunal la duda sobre la posible razonabilidad de su versión, lo que en tal caso le habría de favorecer igualmente aplicando el principio de presunción de inocencia...." .

Verificamos en este control casacional que el vacío probatorio que se denuncia como consecuencia de la falta de credibilidad que el recurrente le concede al relato de su hija, no es tal y que tal alegación del ahora recurrente fue rechazada fundada y razonadamente por el Tribunal sentenciador.

En conclusión el recurrente fue condenado en virtud de prueba obtenida con todas las garantías, que fue introducida en el Plenario, que fue bastante para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, y, prueba que en fin, fue razonada y razonablemente motivada.

No existió vacío probatorio alguno.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- El **segundo motivo**, por el mismo cauce que el anterior, denuncia quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva.

El motivo es una continuación/reiteración del anterior en la medida que se denuncia una sobredosis en la medicación suministrada a Jacinta cuando no hay prueba objetiva de tal sobredosis, y al respecto se refiere a la pericial forense de los folios 67 a 69 a la que ya se ha hecho referencia.

Sabido que el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva se integra o se proyecta en varias esferas:

- a) En el derecho de acceder a los Jueces y Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos de la persona concernida.
- b) En el de tener oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en proceso legal en régimen de igualdad con la parte contraria y sin sufrir indefensión.
- c) En el de alcanzar una respuesta razonada y fundada en derecho sobre todas las cuestiones jurídicas alegadas, y dentro de un plazo razonable.
- d) En el de ejercitar los recursos establecidos por la Ley frente a las resoluciones que se estimen desfavorables.
- e) En el de obtener la ejecución del fallo judicial.

Pues bien, en el presente caso no se acredita ninguna vulneración o quiebra del haz de garantías que vertebra el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva.

El recurrente anuda tal quiebra al hecho de la sobredosis medicamentosa, que, a la sazón, tenía Jacinta.

En la sentencia se da respuesta a esta cuestión, que acepta la sobredosis suministrada por el propio recurrente a la vista de la propia declaración de Jacinta, de lo admitido por el propio recurrente --como ya se ha dicho-- y de la sintomatología que experimentó Jacinta cuando estaba siendo abusada sexualmente y que coincide con los efectos de una sobredosis de las referidas sustancias, como se dice en el informe médico-forense.



Procede la desestimación del motivo.

Como motivo enumerado igualmente como segundo --segundo bis lo identificamos-- , se alega una nueva vulneración del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva, ahora con fundamento en el principio " *in dubio pro reo* ".

Escuetamente se dice en la argumentación que la prueba practicada, debe/debió dar lugar a la aplicación de tal principio.

Hay que recordar que tal principio en su vertiente procesal exige que en caso de que el Tribunal sentenciador no alcance el juicio de certeza " *más allá de toda duda razonable*", que es el canon exigible para todo pronunciamiento condenatorio, debe absolver.

En el presente caso, el Tribunal no albergó duda alguna sobre la certeza de los hechos enjuiciados y la autoría del recurrente, y por tanto no dudó.

Ahora bien tal principio en sede casacional tiene dos aspectos a examinar : a) verificar si el Tribunal dudó y a pesar de ello condenó, lo que supondría la violación de tal principio, y b) verificar si el Tribunal no dudó, pero *debió dudar a la vista de las informaciones obtenidas* de las pruebas practicadas que impedirían alcanzar el axiomático juicio de certeza, por estar en presencia las conclusiones incriminatorias, débiles o muy abiertas, en cuyo caso existiría una violación del derecho a la presunción de inocencia. -- SSTS 1317/2009 ; 114/2010 ; 855/2010 ó 591/2011 --.

Pues bien en el presente caso, verificamos en este control casacional que el Tribunal de instancia *no dudó e hizo bien en no dudar* por la contundencia de las pruebas incriminatorias valoradas -- SSTS 410/2012 ó 705/2014 , entre otras--.

Procede la desestimación del motivo .

Quinto.- El **motivo tercero** del recurso por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal , denuncia la vulneración del art. 181 Cpenal en relación a la pena que se le impuso de ocho años, solicitando que se le imponga el mínimo legal, es decir lapena de siete años y un día de prisión no cuestionando la calificación jurídica de los hechos.

El Ministerio Fiscal *apoya* el motivo por argumentos jurídicos más sólidos, en la medida que cuestiona la calificación jurídica.

La sentencia sometida al presente control casacional estimó que en el hecho enjuiciado concurrían el subtipo agravado de uso de fármacos -- art. 181-2º Cpenal --, el párrafo 4º --acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal--, y *además* el párrafo 5º de dicho artículo por estimar que concurría el hecho de que la víctima fuese especialmente vulnerable, aplicando en consecuencia el párrafo 3º del art. 180 --véase en tal sentido el f.jdco. séptimo--, y excluyendo en todo caso la aplicación del párrafo 4º de dicho art. 180 por estimar que el grado de parentesco existente entre abusador y víctima --padre e hija-- " *no se erige en causa determinante del propósito de satisfacción sexual sino que es meramente circunstancial* " .

El Ministerio Fiscal *cuestiona* el razonamiento del Tribunal para *no aplicar* el parentesco, pero no recurrido este pronunciamiento, es claro que queda inatacado por ser firme.

Sin embargo el *Ministerio Fiscal cuestiona* --y en este sentido *apoya* el motivo-- la aplicación del párrafo 3º del art. 180 Cpenal , -- *vulnerabilidad* --, por estimar que una misma situación fáctica: *el desvalimiento de la víctima se está valorando dos veces* , una como consecuencia del uso de fármacos, visto los efectos que producían, y *posteriormente* , de nuevo se valora a los efectos de la aplicación del párrafo 3º del art. 180 Cpenal , lo que supone la aplicación de la agravación punitiva prevista en el párrafo 5º del art. 181 --pena en su mitad superior en relación a la pena de cuatro a diez años--.

En definitiva el Ministerio Fiscal *denuncia como indebida tal aplicación de la vulnerabilidad* en acatamiento de la interdicción de valorar dos veces un mismo hecho -- *non bis in idem* --.

Le asiste toda la razón al Ministerio Fiscal y en consecuencia, procede la estimación del motivo por los razonamientos expuestos, debiéndose *eliminar* tanto la aplicación del párrafo 5º del art. 181 como el párrafo 3º del art. 180 Cpenal , *siendo la calificación correcta de los hechos la de abuso sexual con penetración y uso de fármacos que anulan la voluntad* .

Procede la estimación del motivo .

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede declarar de oficio las costas del recurso por la admisión parcial.



III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR parcialmente al recurso de casación formalizado por la representación de **Artemio**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección I, de fecha 21 de Enero de 2016, la que casamos y anulamos parcialmente siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a pronunciar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección I, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil dieciséis.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, Sumario nº 1344/2014, seguida por delito de abusos sexuales, contra Artemio, nacido el NUM001 de 1969, hijo/a de D. Edmundo y de Dña. Ana, natural de las Palmas de Gran Canaria, con domicilio en Sombrerillo, 4 Las Palmas de Gran Canaria, con DNI núm. NUM002; se ha dictado sentencia 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. anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia de instancia incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos contenidos en el f.jdco. cuarto de la sentencia, debemos excluir de la calificación jurídica de los hechos el subtipo agravado de vulnerabilidad, individualizándose la pena a imponer en la *mitad inferior* de la pena del delito --de cuatro años a diez años--, *es decir entre los cuatro años y los siete años*, y dentro de este abanico le imponemos la pena de *siete años de prisión*, por estimar pena proporcionada a la gravedad del hecho y culpabilidad del autor que viene a solicitar en el motivo la pena de siete años y un día de prisión frente a la de ocho años que se le impuso en la instancia.

Por lo razonado en la primera sentencia, *no procede* aplicar el párrafo 5º del art. 181 Cpenal al no ser de aplicación la agravación por vulnerabilidad y obviamente por no poder apreciar en esta sede casacional la de parentesco que fue expresamente rechazada en la sentencia de instancia, pronunciamiento que debe quedar inatacable.

Por tanto el *nuevo marco punitivo* aplicable es el fijado en el párrafo 4º del art. 181 Cpenal que establece la pena de *cuatro a diez años*.

Dentro de el, y de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal procede la imposición de la *pena de siete años de prisión --máximo de la mitad inferior--* y *no* la pena que solicita el propio recurrente --siete años y un día--, porque ello supone el mínimo de la mitad superior desde la aplicación del párrafo 5º del art. 181 Cpenal que se rechaza como se ha dicho.

Pena que estimamos proporcionada al grado de culpabilidad del recurrente desde la reflexión de que la pena debe ser la medida de la culpabilidad.

III. FALLO



Que debemos condenar y condenamos a Artemio como *autor de un delito de abuso sexual con penetración y uso de fármacos a la pena de siete años de prisión* .

Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia casacional no afectados por la presente resolución .

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Larca Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO