

Roj: **STS 4167/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4167**Id Cendoj: **28079120012015100573**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **28/09/2015**Nº de Recurso: **468/2015**Nº de Resolución: **537/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 312/2015,**
STS 4167/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado **Jose Ramón**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, que le condenó por delito de abusos sexuales, 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 Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Peralta de la Torre y la recurrida Junta de Andalucía, representada por su Letrada.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Sevilla instruyó sumario con el nº 4 de 2012 contra Jose Ramón, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, que con fecha 20 de enero de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: *Primero.- El procesado en este procedimiento D. Jose Ramón, de nacionalidad colombiana, en situación regular en nuestro país, nacido el día 27 de septiembre de 1971, era amigo y compañero de trabajo del padre de la menor de edad María Luisa, nacida el día NUM000 de 1997 y también de nacionalidad colombiana, siendo que las familias mantenían una relación de amistad por lo que el procesado acudía al domicilio de la menor, sito en la CALLE000, nº NUM001, NUM002 de esta ciudad, con bastante frecuencia, quedándose al cuidado de María Luisa y su hermana, de 7 años de edad, cuando los padres tenían que ausentarse del domicilio por razones laborales. Así las cosas, el día 21 de enero de 2011, sobre las 23 horas, cuando María Luisa se encontraba en su domicilio sola porque sus padres habían salido del mismo dejándola a ella y su hermana menor, con el procesado, éste se sentó junto a ella en el sofá y, con ánimo libidinoso, comenzó a decirle que era muy bonita, siguiéndola hasta su dormitorio, donde siguió piropeándola al tiempo que comenzó a besarle en la boca, en el cuello, bajándole los pantalones, que la menor sujetaba con sus manos, bajándose el acusado también los suyos, poniéndose encima suya y llegando a penetrarla vaginalmente, provocando dolor, llegando a llorar María Luisa, al tiempo que el acusado le decía que estuviese tranquila y que no contara nada a nadie de lo ocurrido. Tras estos hechos la llamaba por teléfono diciendo que era su novia, que no hiciera el amor con otros hombres, que la quería, que no dijera nada ni a sus padres ni a la policía. El acusado el día 24 de febrero de 2011, sobre las 23 horas y cuando nuevamente se encontraban solos en el domicilio de la menor, con idéntico ánimo libidinoso, comenzó a darle besos en la boca y cuello en el salón de la vivienda, llevándola hacia el dormitorio de la menor donde nuevamente el acusado la penetró vaginalmente. En fecha no concretada el mes de marzo de 2011, el procesado llamó a María Luisa a través de su móvil, y la convenció para que fuese a su domicilio, sito en la CARRETERA000, nº NUM003, NUM004 NUM005, izquierda de esta ciudad, accediendo finalmente la menor. El procesado dijo a la menor que la esperara en las cercanías de su*



casa y la recogió y llevó a su piso sobre las 16 horas. Una vez en el piso del acusado se introdujo en su habitación con la menor, a la que le volvió a penetrar vaginalmente tras desnudarle, vistiéndola y llevándola a su casa, al tiempo que la advertía que no le dijera nada a nadie. En el mismo mes de marzo de nuevo en su domicilio de la CARRETERA000 nº NUM003 el procesado del mismo modo penetró a la menor. De nuevo el procesado el 21 de junio de 2011 llamó al móvil de la menor y de nuevo la convenció para que fuera a su domicilio y una vez que ya se encontraban en la habitación del acusado la menor recibió una llamada de una amiga, en cuya casa había dicho a su madre había ido para hacer un trabajo escolar, y ante ello el procesado llevó de nuevo a la menor a las cercanías de su casa de la CALLE000 , sorprendido el padrastro de la menor a ambos en el interior del coche del acusado. Segundo.- El acusado que carece de antecedentes penales no ha estado privado de libertad por esta causa.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Condenamos a Jose Ramón como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales, ya definido, sin apreciar circunstancias modificativas de su responsabilidad penal, a las penas: A) de 7 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo. B) Al pago de las costas procesales causadas, incluidas las generadas por la actuación de la acusación particular. El acusado por los daños morales causados indemnizará a la menor perjudicada María Luisa en la cantidad de 12.000 euros, cantidad pagadera en la persona de su legal representante D^a Mónica . Téngase en cuenta en ejecución de sentencia el art. 576 de la L.E.C . Contra esta sentencia cabe recurso de casación que debe prepararse ante este tribunal dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, mediante escrito autorizado por letrado y procurador.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación del acusado **Jose Ramón** , 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.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Jose Ramón** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Se formula por el cauce especial del nº 4 del art. 5 L.O.P.J . y en él se denuncia la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los pertinentes medios para la defensa; Segundo.- Se formula por el cauce especial del art. 5 nº 4 de la L.O.P.J ., y en él se denuncia la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 de la C.E ., por no existir una actividad probatoria válida de cargo en qué fundamentar un fallo condenatorio para mi representado; Tercero.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba. Al amparo del art. 849.2 Ley Rituaria , al no valorar correctamente la Sala, una cuestión fundamental, al considerar como un mero matiz el que la menor se desdijera del relato de los hechos supuestamente acaecidos el pasado 21 de junio; Cuarto.- Por infracción de ley, error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 Ley Rituaria , al no valorar correctamente la Sala, una cuestión fundamental, consistente en los informes psicológicos realizados sobre la menor por las psicólogas del EICAS, en los que otorgan credibilidad a lo manifestado por la menor, sin que se haya tenido en cuenta la pericial de los psicólogos Paulino y Jose Miguel ; Quinto.- Por infracción de ley, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 Ley Rituaria , al no valorar correctamente la Sala, una cuestión fundamental, consistente en la declaración prestada por el testigo D. Felix , en relación a la supuesta asistencia de la menor al piso de su propiedad; Sexto.- Por infracción de ley, en virtud del art. 849.1 L.E.Cr . por considerar que el consentimiento fue obtenido prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la víctima.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión de todos los motivos, oponiéndose igualmente a su admisión e impugnándolo subsidiariamente la Letrada de la Junta de Andalucía, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 17 de septiembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo, el recurrente, con sede procesal en el art. 5.4 L.O.P.J ., denuncia infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su versión del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24 C.E .).

El impugnante protesta porque se ha impedido a los peritos de la defensa una entrevista personal con la menor y el derecho a participar en la que los peritos judiciales le realizaron a la misma, no habiéndose armonizado convenientemente tal derecho con la protección integral del menor.

Los psicólogos especialistas propuestos por la defensa elaboraron el pertinente informe acerca de la credibilidad del testimonio de la ofendida sobre la base de las grabaciones y vídeos efectuados por EICAS, de



ahí que consideren que la ofendida no ha referido un relato libre sobre los hechos, al utilizar la entrevistadora datos que no habían sido aportados por la menor, con formulación de preguntas focalizadas.

A su vez, considera el recurrente que no se han analizado procesalmente las circunstancias que pudieron influir en la decisión de la menor, tales como la gran diferencia de edad, la relación de amistad entre las familias, que pudiera atribuir una autoridad moral al acusado en relación a la menor, todo ello a efectos de precisar si el consentimiento de la menor fue libremente prestado o no.

2. El motivo articulado no es fiel reflejo de la pretensión en su día formulada como puede apreciarse si acudimos a la causa (art. 899 L.E.Cr .) ya que, como muy bien especifica el Mº Fiscal, lo que solicitaba el censurante no era que los peritos de la defensa exploraran a la menor (folio 241 de las actuaciones), sino que pudieran analizar el informe de EICAS y que se les autorizara a ver las grabaciones realizadas a la menor. Esa diligencia fue autorizada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla (ver folio 265). Por ello consideramos que el presupuesto que esgrime el recurrente para impugnar la sentencia está alterado: no reclamó lo que ahora reclama y lo que reclamó en su momento se le concedió. Por otra parte, tampoco es correcta la afirmación de que no haya habido prueba de cargo sobre la relación de amistad entre las familias: creemos, con el fiscal, que la propia mecánica de los hechos, al margen de las declaraciones de la menor y de sus padres, son pruebas suficientes. Debemos recordar que los hechos ocurren por primera vez cuando los padres de la menor confían al acusado la guarda de la menor por la noche, dejando dormir al acusado en la casa de la menor. Parece que se trata de un signo bastante claro de amistad y confianza de los padres de la joven en el acusado.

Los hechos probados confirman la idea, pues la relación de amistad permitía acudir al acusado con "bastante frecuencia" a la vivienda, quedándose al cuidado de la ofendida y su hermana cuando los padres tenían que ausentarse del domicilio por razones laborales.

En cualquier caso el Tribunal de origen analizó ambos dictámenes y obtuvo las pertinentes conclusiones, que siendo razonables, quedan excluidas de cualquier otra valoración por parte de esta Sala de casación.

El motivo ha de rechazarse.

SEGUNDO.- En el correlativo ordinal con igual sede procesal que en el motivo anterior (5.4 L.O.P.J.), alega infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E .).

1. Reconoce que ha de ser determinante en esta clase de delitos, que se cometen en la clandestinidad, el testimonio de la ofendida, pero considera que no ha sido suficientemente corroborado por otros datos probatorios que constituyan indicios relevantes y objetivos de su comisión.

Las objeciones o reparos que opone el recurrente pueden concretarse en los siguientes:

a) En la declaración efectuada por la menor ofendida en sede policial el 24 de junio de 2011 (folios 25 a 28) relata toda una serie de hechos no queridos de carácter sexual producidos en enero, febrero y marzo, pero sobre el ocurrido el 21 de junio de 2011, nos dice que se produjo como en todos los demás, es decir, que hubo penetración vaginal, y así lo ratificó en la declaración ante el juez instructor. Sin embargo en el juicio, aún reconociendo que también acudió a casa del acusado con iguales propósitos, éstos quedaron en mera tentativa, porque ante la llamada de su madre no se produjo la penetración. Resulta, por tanto, extraño que el recurrente recuerde con exactitud los actos sexuales menos recientes en el tiempo y el último de ellos más próximo a la declaración no lo puede concretar. Ello lo atribuye al seguimiento de una acción premeditada. Además, esta retractación se produce después de que los médicos del Hospital Virgen de la Macarena de Sevilla dictaminaran que el "himen de la menor no es íntegro y no presenta lesiones recientes, ni sangrado ni escoriaciones".

A todo esto debe añadirse la declaración del testigo Felix , el cual declara en sede judicial que era imposible que ese día (21 junio 2011) el acusado y la menor estuvieran juntos.

b) La segunda objeción que realiza el recurrente se refiere al testimonio de Laura , que tiene lugar el 21 de junio de 2011, y que después se ratificó en la vista, de que al hablar con la niña "ésta le dijo que Jose Ramón no era el autor de los hechos".

c) En tercer lugar la declaración de la esposa del acusado, Carlota , que manifestó que en esos días en los que se dice que el acusado realizó los hechos estaba en todo momento con su esposo.

Con todo ello el recurrente entiende que la ofendida y su familia ha fabulado el hecho y todo lo denunciado responde a un guión preconcebido.



Respecto al dictamen de las psicólogas de EICAS, peritas en la causa, en el que se atribuye credibilidad al testimonio de la menor, ello no significa que aceptando que los hechos ocurrieran del modo en que se relatan, eso determine que el responsable de los abusos sexuales fuera el acusado.

2. En la causa existió suficiente prueba de cargo justificativa de la condena. Son de mencionar:

a) El testimonio de la menor, la cual relata con firmeza y seguridad los distintos contactos sexuales habidos con el acusado, todos ellos a iniciativa y por sugerencias de aquél, en los que con halagos y piropos, acompañados de besos y caricias eliminaba la posible resistencia de la víctima. En la primera ocasión como la declarante era virgen sangró. El acusado le dijo que no **contara nada a sus padres ni a nadie**, ya que iba a ser perjudicial para los dos.

Posteriormente mantuvieron conversaciones telefónicas casi diarias diciéndole que era su novia, que no se acostara con otros hombres y que era suya, insistiéndole en todo momento que no dijera nada a nadie. Las penetraciones se sucedieron en enero, febrero y marzo. La última tuvo lugar el 21 de junio, sobre la que después de afirmar que hubo penetración, en el plenario sostuvo que se trató de una cita, pero que cuando iban a mantener relaciones sexuales recibió una llamada telefónica de la madre, a la que había mentido, diciéndole que iba a casa de una amiga, cuando en realidad había quedado con el acusado en la casa de éste, circunstancia que comprobó la madre, consecuencia de una llamada previa a la amiga, con la que teóricamente decía estar. En esta ocasión dijo en juicio que no hubo penetración. Lo hizo **espontáneamente**, sin que se haya acreditado que en ello influyera el dictamen médico sobre la inexistencia de lesiones recientes, ni sangrado o escoriaciones, ya que aunque hubiera existido penetración, a la vista de las que hubo precisamente en otras ocasiones (meses de enero, febrero y marzo), no tenía por qué existir en junio esas secuelas o síntomas.

Respecto al testimonio de Felix, hemos de afirmar que el mismo no lo ratificó en juicio, y que sus primeras declaraciones sumariales -según precisó- fueron realizadas por las presiones de la hermana del acusado, reconociendo finalmente que trabajando rotativamente el testigo en horario de mañana (6 a 2), de tarde (2 a 10) o de noche (10 de la noche a 6 de la madrugada) el acusado pudo hallarse perfectamente en la casa sin que pudiera percatarse el testigo, dueño y vecino de la ocupada por aquél, si ello se producía en momento en que estuviera en turno de trabajo.

b) El testimonio de la menor resultaba corroborado por otros datos incriminatorios:

1) El propio dictamen de los forenses que acreditan la desfloración de la adolescente que acababa de cumplir 13 años.

2) El acusado reconoció que en alguna ocasión recargó el móvil de la menor y le regaló un par de pantalones, detalles que favorecían la captación de la voluntad de aquélla a seguir manteniendo relaciones sexuales.

3) La prueba pericial psicológica de las dos peritas de EICAS, que se entrevistaron con la menor y su madre, realizando las indagaciones y comprobaciones técnicas necesarias para llegar a la conclusión acerca de la credibilidad del testimonio de la menor. No afecta en este punto el menos fundamentado dictamen de los peritos de la defensa que únicamente se limitan a oponer reparos al realizado por los peritos de designación judicial, pero que no obtienen conclusiones definitivas propias sobre la posible veracidad o inveracidad del testimonio de la menor. Además el tribunal, dada la edad de la ofendida cuando declaró en juicio (16 años), la consideró capaz de verbalizar y relatar lo ocurrido, que fue captado de forma directa (inmediación) por el Tribunal de origen.

4) Testimonio de la madre, que hizo notar la extrañeza que le causaban las abundantes y reiteradas llamadas telefónicas del acusado al móvil de su hija María Luisa o preguntando cómo estaban sus hijas en llamadas al teléfono fijo; las excusas de su hija diciéndole que iba a casa de su amiga Otilia, cuando pudo comprobar que no era cierto al encontrar su marido a la hija cuando fue en busca de ella en el interior del coche con el acusado. Ante tales sospechas la menor se consideró descubierta y contó a la madre las relaciones sexuales que mantenía con el recurrente.

3. Respecto a las pruebas de descargo, ninguna de ellas posee capacidad suficiente para enervar las de cargo que acabamos de citar.

Sobre la retractación voluntaria acerca de la existencia de penetración el día 21 de junio, entra dentro de las posibles imprecisiones en que podía incurrir la menor. A fin de cuentas fue otra de las ocasiones en que se reunieron el acusado y la víctima para mantener relaciones sexuales pero no llegaron a consumarse. Ya dejamos anotado que ni el dictamen médico, ni el testimonio de Felix tuvieron influencia, o por lo menos no se ha acreditado que la tuvieran a la hora de precisar, por cierto en beneficio del reo, lo ocurrido el 21-6-2011.

Respecto a la genérica declaración de su esposa de que siempre estaba con ella, y sobre todo en las fechas en que se produjeron los contactos, carece de la menor credibilidad, no solo por razón del parentesco, sino



por chocar con todas las demás pruebas de cargo. El padre de la menor encontró al acusado y ofendida en el coche, luego, el control no fue ni pudo ser exhaustivo. Tampoco posee fuerza probatoria, contrapuesta a la prueba de cargo, el testimonio de Laura la cual le pregunta a María Luisa si el autor de los hechos era el acusado y le contesta que no, pues no podemos olvidar, que aquél reiteró hasta la saciedad, en tono rayano en la amenaza, que la ofendida se abstuviera de contar lo ocurrido entre ambos a ninguna persona. Resulta lógico, por consiguiente, que negara cualquier participación del acusado.

Por todo lo expuesto, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En los motivos 3º, 4º y 5º, se articulan diferentes pretensiones, todas ellas reconducidas al cauce procesal del art. 849.2 L.E.Cr . por error facti.

1. Los objetivos impugnativos de estos tres motivos están integrados por el siguiente contenido:

a) En el motivo tercero se discrepa de la valoración probatoria atribuida a la retractación de la menor sobre los hechos ocurridos el 21 de junio de 2011, a la que no otorgó relevancia el Tribunal de instancia.

b) En el motivo cuarto considera erróneamente valorados los informes psicológicos realizados sobre la menor por las psicólogas de EICAS, sin haber considerado la pericial de los psicólogos de la defensa.

c) En el quinto motivo entiende de igual modo erróneamente valorada la prueba testifical de Felix , habida cuenta de la profunda enemistad con el recurrente, circunstancia deducida de la forma de referirse el testigo al acusado al que señala como "este personaje".

2. El planteamiento como se deduce de forma clara de los términos de la protesta, no encaja y se separa de las posibilidades que ofrece el art. 849.2 L.E.Cr ., cuyos límites aplicativos, los ha señalado una y otra vez jurisprudencia reiterada e invariable de esta Sala. Recordemos las exigencias para la prosperabilidad de un motivo de esta naturaleza.

Es necesario:

a) que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.

b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Además de los vicios ya detectados que arrastrarían a la desestimación del motivo, para que los informes y dictámenes periciales puedan actuar como documentos, a pesar de su indudable carácter de prueba personal, sería preciso que, según doctrina de esta Sala, se dieran las siguientes circunstancias:

a) que existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) que contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

3. En nuestro caso no se cita ningún documento literosuficiente, ni se concreta el aspecto del factum que debiera ser modificado, ni las consecuencias sustantivas derivadas de tal modificación.

Por el contrario, los tres motivos muestran una discrepancia valorativa con el Tribunal respecto a determinadas pruebas, cuando tal cometido se halla atribuido de forma exclusiva y excluyente al órgano jurisdiccional sentenciador.

Solo cabría en motivo por presunción de inocencia demostrar que en la racional valoración de la prueba el Tribunal de instancia incurrió en una patente arbitrariedad o llegó a conclusiones valorativas irracionales o absurdas, y nada de esto se produce en el caso concernido.



Al tratar del motivo sobre la presunción de inocencia se hicieron constar las apreciaciones valorativas del Tribunal, todas ellas dentro de la prudencia y racionalidad.

Los tres motivos deben rechazarse.

CUARTO.- En el motivo 6º, con amparo procesal en el art. 849.1º L.E.Cr., el recurrente considera indebidamente aplicado el art. 181.3 C.P., en lo referente al prevalimiento.

1. Con carácter general el recurrente discrepa de las conclusiones de la Audiencia, la cual entendió que el consentimiento de la menor fue viciado por la diferencia de edad, que determinó una presión en su autodeterminación sexual, a lo que se añadió que el acusado fuera amigo de la familia y frecuentara asiduamente la casa de la menor y llamara telefónicamente a ésta y a su madre en repetidas ocasiones. Igualmente el que la halagara de forma constante generó una situación de confusión mental que no le permitió reaccionar hasta que fue descubierta por la madre, de todo lo cual se infiere que la decisión no fue prestada con libertad, ya que las circunstancias que incidieron en la menor le produjeron un bloqueo que propiciaron el ataque a su indemnidad sexual.

Pues bien, esta argumentada decisión es combatida por el recurrente considerando:

- a) Que la diferencia de edad no puede por sí misma ser determinante del prevalimiento cuando no consta déficit alguno de las capacidades de la menor.
- b) El propio ofendido reconoce que nunca usó la violencia y que en la cama no la obligaba a tenderse, ni la empujó, ni la golpeó, "solo la tocó y no con violencia, sino normal".
- c) Aunque hubiera una amistad entre las familias, ello no debe determinar sin más la existencia de prevalimiento y por tanto dar por supuesto un condicionamiento a la posibilidad de autodeterminarse sexualmente.

Así pues, el acusado cree que no habiéndose acreditado un bajo nivel intelectual de la menor, débese entender que existió un consentimiento libre y válido, como lo demuestra que aquélla llama en alguna ocasión al acusado y espontáneamente acude a su domicilio cuando aquél la requiere.

En base a tales argumentos el recurrente estima que "sin la existencia de comportamiento coactivo no puede contemplarse el prevalimiento, resultando la conducta penalmente irrelevante, aunque socialmente pueda ser reprochable. Y además, aunque existiera una cierta relación de amistad entre el acusado y la familia de la menor, ésta no fue tan acusada hasta el punto de que aquél resultara una figura de referencia para aquélla, que hubiera que respetar, ya que se trataba de un simple compañero de trabajo del padre, si bien acudía en ocasiones a su casa e incluso algunas veces pernoctó en la misma.

Finalmente hace notar que respecto a los encuentros entre acusado y menor nunca mediaron amenazas, y dada la espontaneidad de la menor pudo en cualquier momento evitar tales encuentros o rechazar las llamadas del acusado. Cita por último una sentencia, de características similares, en la que se absolvió al acusado por entender que existió consentimiento libre de la menor.

2. Comenzando por el último de los reparos hemos de dejar constancia que la sentencia de esta Sala 802/2000 de 16 de mayo contemplaba una situación diversa al caso concernido, pues en aquélla se refería a una menor de 15 años, perdurando la relación hasta los 17 años, mientras que en nuestro caso acababa de cumplir 13, diferencia de edad de especial importancia en ese tramo vital. Asimismo existió en la sentencia citada como referente un voto particular de indudable peso jurídico.

Hemos de partir de que el sentido de la expresión típica que configura el abuso: "que el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima", no debe significar otra cosa "que una situación de **superioridad capaz de limitar la libertad de decisión del sujeto pasivo**".

Esta restricción de libertad la provocó en la práctica: la diferencia de edad entre ofensor y ofendida (el primero 40 años, la segunda 13 recién cumplidos) y la relación de amistad íntima entre las familias, hasta el punto de dejar a la ofendida al cuidado exclusivo del acusado, cuando los padres tenían que salir de casa, incluso pernoctando en ocasiones en la vivienda de la víctima, lo que necesariamente debe irradiar no solo confianza, sino revestir al acusado de un halo de autoridad al que se debe respetar y obedecer.

Junto a estas dos circunstancias existieron otras secundarias que contribuyeron a establecer esa relación de prevalencia o dominio moral del acusado sobre la niña de la que aquél abusó. Entre éstas:

- a) La menor, lógicamente jamás había tenido experiencia alguna en el ámbito sexual lo que resulta lógico, dada su edad.



b) La menor poseía un bajo nivel intelectual, que aun sin existir prueba pericial que así lo determinara, fue una percepción fundada del Tribunal sentenciador, que apreció directamente su testimonio y demás condiciones personales. Así lo expresa la Sala de instancia, advirtiendo el carácter **muy aññado** de la víctima, a pesar de tener 16 años cuando declara en juicio, así como su poca madurez mental.

c) El acusado usó de algunas artimañas, tales como ofrecerle algún regalo, como los dos pantalones que le compró, entre otras atenciones.

d) Los continuos halagos y piropos dirigidos a la muchacha que le produjeron un cierto acaramelamiento o sumisión tácita o sutil a la voluntad del abusador, reforzada por el indiscutible placer o satisfacción que en ocasiones pudo experimentar la niña al realizar los actos sexuales.

3. Como conclusión a todo ello entendemos que en el caso concernido concurría la superioridad exigida por el tipo penal, cuestionada en el motivo y partiendo del necesario respeto y acatamiento a los hechos probados, como impone la naturaleza del mismo (art. 884.3 L.E.Cr .), es incontestable que se dan las dos condiciones típicas.

a) La superioridad ha de ser **notoria y evidente** , es decir, objetivamente apreciable ("manifiesta" dice el tipo).

b) **Eficaz**, esto es, con relevancia suficiente para condicionar o coartar la libertad de elección en el ámbito sexual.

Es precisamente la desproporción o asimetría entre las posiciones de abusador y abusada, lo determinante de una conducta de presión moral sobre la parte débil. Esa situación de notoria inferioridad es la que restringe de modo relevante la capacidad de decidir libremente de la víctima, situación de la que se aprovecha deliberadamente el sujeto agente consciente de su superioridad, que puede ser de la más diversa índole: laboral, docente, familiar, económica, de edad, etc.

Finalmente resulta indudable, como consta en la práctica del foro, que esas situaciones de predominio o ascendencia en el desarrollo de relaciones sexuales, de que disfruta el abusador, no son fáciles de romper o desligarse de ellas y más de una vez se prolonga la situación durante años, precisamente debido a esa dependencia afectiva o nexo sentimental íntimo entre abusador y la menor, que en más de una vez genera perniciosas consecuencias psicológicas (depresión, ansiedad, bajo rendimiento escolar, pérdida de autoestima, etc.).

Por todo lo dicho el motivo debe declinar.

QUINTO.- La desestimación de los motivos determina la expresa imposición de costas al recurrente, de conformidad al art.901L.E.Cr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Jose Ramón** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincia de Sevilla, Sección Séptima, de fecha 20 de enero de 2015 , en causa seguida contra el mismo por delito de abusos sexuales. Condenamos a dicho recurrente al pago de las cosas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tournon Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Jose Ramon Soriano Soriano , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.