



Roj: **STS 4818/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4818**

Id Cendoj: **28079120012015100713**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2015**

Nº de Recurso: **419/2015**

Nº de Resolución: **711/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 709/2015,**  
**STS 4818/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación procesal del condenado **Armando** contra Sentencia de fecha cuatro de febrero de dos mil quince, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo por delito continuado de agresión sexual, 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. Andres Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando el recurrente Armando representado por la Procuradora Sra. Ramón Padilla y como parte recurrida, Paula, representada por la Procuradora Sra. Garcisánchez de Gustín.

### **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Mataró incoó e instruyó Sumario número 1/2012, contra Armando por delito continuado de agresión sexual y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Tercera (Sumario Ordinario núm. 4/2014) dictó Sentencia en fecha 4 de febrero de 2015 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** :

*"Se declara probado que durante varios años (del 2004 al 2012) Armando estuvo compartiendo domicilio con su pareja sentimental Adoracion y la hija de esta última, Paula, nacida en fecha NUM000 de 1992.*

*En una fecha indeterminada, pero en todo caso durante el año 2007, cuando Paula tenía quince años de edad, Armando aprovechó que ambos se encontraban en el sofá del comedor y, siendo plenamente consciente de la edad de la menor y de la ascendencia que ostentaba sobre la misma al ejercer sobre ella las funciones de padrastro, agarró por sorpresa la mano de la menor y la colocó sobre sus genitales, frotándolos por encima de los pantalones, hasta que eyaculó.*

*Esta misma acción se produjo en varias ocasiones durante los meses siguientes, hasta que en un momento determinado hizo que la menor le cogiera el pene con la mano y le masturbara.*

*Asimismo, al cabo de un tiempo consiguió que la menor Paula le realizara una felación y un tiempo mas tarde, cuando se enteró de que la menor ya había hecho el amor con un chico, consiguió mantener con ella relaciones sexuales completas, penetrándola vaginalmente.*

Armando siguió manteniendo periódicamente relaciones sexuales con Paula, finalizando dicha situación poco tiempo antes de que aquella acudiera a los Mossos d'Esquadra a denunciar los hechos.



*Como consecuencia de tales hechos Paula sufre un trastorno por estrés postraumático de curso crónico y grado moderado, con sintomatología ansiosa recurrente, por lo que requiere de atención psicológica ".*

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

**"FALLAMOS:**

Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** a Armando como autor de un delito continuado de abusos sexuales, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la medida de libertad vigilada por cinco años, así como a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a Paula en la suma de cuatro mil euros (4.000 euros), condenándole asimismo al pago de las costas procesales incluidas de la Acusación Particular".

**TERCERA.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Armando 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 de la recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

Primer Motivo.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim ., por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el artículo 181.3 del Código Penal .

Segundo Motivo.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim ., por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el artículo 181.4 del Código Penal .

**QUINTO.-** Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y subsidiaria desestimación de los dos motivos del recurso de conformidad con lo expresado en su escrito de fecha 9 de junio de 2015; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 12 de noviembre de 2015.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - 1. Recurre en casación la representación procesal del condenado en instancia como autor de un delito de abusos sexuales continuado de los artículos 181.3 y 4 en relación con el artículo 74, siempre del Código Penal ; donde formula dos recursos por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECr , por aplicación indebida del artículo 181.3 y del artículo 181.4 respectivamente.

Argumenta en ambos motivos, que las reiteradas relaciones sexuales mantenidas con la hija de su pareja sentimental en el domicilio donde convivían, época en que esta contaba con quince años de edad, fueron plenamente consentidas; que es cierto que ella ha manifestado que no quería, que no había consentimiento, pero la forma de actuar era contraria a esta falta de voluntad; y las relaciones sexuales las mantenían sin que el recurrente se prevaleciera de una situación de superioridad.

2.- En relación con el motivo elegido, error iuris, la doctrina jurisprudencial que precisa su contenido; como realiza la sentencia 579/2014, de 16 de julio y las que allí se citan, indica que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECrim , "es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECrim ".

A su vez, la STS 261/2011, de 14 de abril , recordaba que "los hechos probados, como bien se sabe, están formados por el relato de los que la Sala responsable del juicio de instancia considere efectivamente acreditados, a tenor del resultado de la prueba, que habrá presenciado con el encargo constitucional y legal de evaluarlos. Estos y no otros, porque tienen que ser objeto de una declaración expresa y suficientemente fundada. Y porque, para el correcto desarrollo del trámite de la casación, en el que ahora se está, los hechos probados deberán entrar en él inequívoca y definitivamente fijados como tales. Es cierto que el Tribunal de casación podría, en determinados supuestos, introducir alguna variación en los mismos, e incluso privarlos de esa condición. Pero, en un caso, merced a una impugnación deducida por el cauce del art. 849.2º LECr ;



y, en el otro, por entender producida una vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio. En otras circunstancias, la Sala que ahora conoce no está legalmente habilitada para subrogarse en el papel del Tribunal de instancia en lo relativo a la fijación de los hechos imputados que pudieran merecer la condición de probados".

Y la STS 121/2008 de 26 de febrero, luego reiterada, como en el caso de la STS 732/2009, de 7 de julio, en forma más tajante y descriptiva, glosaba:

"... el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECr. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECr, han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida".

3.- Consecuencia de la anterior doctrina jurisprudencial es la necesaria desestimación de ambos motivos, pues el recurrente no niega que la conducta recogida en el narración de hechos probados de la sentencia recurrida, integra la conducta calificada, un delito de abusos sexuales continuado de los artículos 181.3 y 4 CP; y efectivamente, la narración probada indica que *consciente de la edad de la menor y de la ascendencia que ostentaba sobre la misma al ejercer sobre ella las funciones de padrastro* :

*agarró por sorpresa la mano de la menor y la colocó sobre sus genitales, frotándolos por encima de los pantalones, hasta que eyaculó.*

*esta misma acción se produjo en varias ocasiones durante los meses siguientes, hasta que en un momento determinado hizo que la menor le cogiera el pene con la mano y le masturbara.*

*asimismo, al cabo de un tiempo consiguió que la menor le realizara una felación y un tiempo más tarde, cuando se enteró de que la menor ya había hecho el amor con un chico, consiguió mantener con ella relaciones sexuales completas, penetrándola vaginalmente.*

*siguió manteniendo periódicamente relaciones sexuales finalizando dicha situación poco tiempo antes de que aquella (la menor) acudiera a los Mossos d'Esquadra a denunciar los hechos.*

No es una descripción de relaciones libremente consentidas por la menor, sino descriptiva de la superioridad exigida por el tipo penal, cuestionada en el motivo y que partiendo del necesario respeto y acatamiento a los hechos probados, como impone la naturaleza del mismo, deriva de la edad de la víctima, quince años frente a los treinta y tres del acusado y su condición de padrastro, en cuanto compañero sentimental de la madre, conviviente en el mismo domicilio; lo que incontestablemente, integra las dos condiciones típicas:

- a) La superioridad resulta notoria y evidente, objetivamente apreciable; "manifiesta", como indica el tipo.
- b) Eficaz, con relevancia suficiente para condicionar o coartar la libertad de elección en el ámbito sexual.

Como indica la STS 537/2015, de 28 de septiembre: 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 su parte, la STS 291/2015, de 15 de mayo, resalta que la jurisprudencia de esta Sala ha venido definiendo el prevalimiento con las siguientes notas:

- 1) Situación de superioridad que ha de ser manifiesta.
- 2) Que tal situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima.
- 3) Que el sujeto agente consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de dicha situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual. ( STS 10/2012 de 15 de febrero y 80/2012 de 10 de febrero ).

Circunstancias, todas ellas, recogidas en el relato de hechos probados; *consciente de la edad de la menor y de la ascendencia que ostentaba sobre la misma al ejercer sobre ella las funciones de padrastro... hizo que...consiguí que la menor le realizara una felación y ...consiguí mantener con ella relaciones sexuales completas, penetrándola vaginalmente*. La coerción en la libertad de la víctima, deriva de la situación objetiva del desnivel notorio de la posición de las partes, donde la menor se encuentra en manifiesta situación de inferioridad; pero además en autos ratificado por la propia declaración de la menor y el informe forense sobre la necesidad de la atención psicológica de la menor.

En definitiva, la conducta típica, no niega el consentimiento, sino como indica la sentencia de instancia, sino de encontrarse viciado en todo caso, al prevalecer el recurrente de su situación de superioridad.

De otra parte, la referida STS 291/2015, recuerda que la jurisprudencia de esta Sala ha reputado situación de superioridad o prevalimiento las hipótesis de ser padrastro de hecho de una menor, esto es, compañero sentimental de la madre en relación estable, ya que la posibilidad de rentabilizar esa prevalencia con el objetivo de satisfacer apetencias sexuales, implicaba un plus de antijuridicidad que está en la base de la agravación que contempla el art. 181.3 CP

Consecuentemente, los motivos formulados deben ser desestimados, la objetiva situación de prevalimiento, aunque se niegue por el recurrente en base a una diversa valoración probatoria, es descrita en la narración de hechos probados, que como hemos indicado, tras mediar acceso bucal y vaginal, resulta adecuadamente subsumida en la calificación jurídica realizada por el Tribunal de instancia: delito de abusos sexuales continuado de los artículos 181.3 y 4 CP .

**SEGUNDO.** - Indica el párrafo segundo del artículo 901 LECr ., que si se desestimara el recurso, se declarará no haber lugar al recurso y se condenará al recurrente en costas.

### III. FALLO

**DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del condenado **Armando** contra Sentencia de fecha 4 de febrero de 2015, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en causa seguida contra el mismo, por un delito continuado de abusos sexuales, con imposición de las costas originadas por su recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia