



Roj: **STS 3590/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3590**

Id Cendoj: **28079120012016100654**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2016**

Nº de Recurso: **10149/2016**

Nº de Resolución: **630/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

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 catorce de Julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Martin** contra sentencia de fecha 23 de octubre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial Sevilla, Sección Séptima, en causa seguida al mismo 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, estando el acusado recurrente representado por la Procuradora D^a Guadalupe Hernández García, y como recurrida Elisabeth, representada por el Procurador D. Joaquín Pérez de la Rada González de Castejón.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 19 de Sevilla, instruyó Sumario con el num. 4/2014, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Séptima, que con fecha 23 de octubre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: "El acusado, D. Martin, conoció a la menor Magdalena (nacida el NUM000) como hija de una ex pareja de su hermano, D^a. Elisabeth, con la que trabó una estrecha relación de amistad a finales de 2013. Por mor de dicha relación, el trato entre Magdalena y el procesado fue asiduo, hasta el punto de que una vez se trasladó el Sr. Martin desde Málaga a Sevilla tras su separación frecuentaban madre e hija el domicilio de aquél, en Sevilla, en la CALLE000, escalera NUM001, NUM002, NUM003 (que era en realidad el domicilio de la madre del Sr. Martin), como también iba con frecuencia D. Martin al domicilio de la menor, sito en la PLAZA000, escalera NUM004, NUM005 de Tomares, llegando a pernoctar en numerosas ocasiones el acusado en dicho inmueble, incluso con su hija menor, Genoveva, de la que Magdalena se hizo amiga.

En fecha no exactamente acreditada de los meses de enero-febrero de 2013, Magdalena pasó por un revés sentimental tras romper con el chico con el que salía, lo que la menor contó (por la estrecha relación de confianza que ya en este tiempo tenía con el procesado) a éste, incluso antes que a su madre. Ese mismo año, en el inicio del curso escolar, Magdalena sufrió una agresión en el instituto por parte de unas compañeras que determinaron el que abandonara aquel año sus estudios que retomaría posteriormente en centro distinto.

Tras saber de la ruptura sentimental, Martin comenzó el acercamiento hacia la menor, a la que besaba y abrazaba como muestras de cariño, hasta que en una ocasión en la que la trasladó hacia un Centro Comercial en Sevilla (en el que había quedado con unas amigas), el procesado la besó en los labios.



Pese a los reproches de Magdalena , el Sr. Martin no dejó a partir de ese día de hacerle insinuaciones y proposiciones, que se incrementaron pese al rechazo, y que llegó al enfado cuando ésta le contó su intención de volver con su novio.

El procesado no cejó en su propósito de intentar seducir a Magdalena a la que le decía que la culpa la tenía ella por ser tan guapa, hasta lograr con su insistencia que ésta accediera a tener relaciones con él con la promesa de que la dejaría tranquila, y así lo consiguió en fecha no exactamente precisada del mes de febrero de 2014, en la que mantuvieron relaciones sexuales completas con penetración vaginal.

En el lapso de tiempo que medió entre ese momento, el día 26/06/2014, volverían a tener numerosas relaciones sexuales con penetraciones vaginales, y al menos, en un caso, el día 15/06/2014, con penetración anal.

Martin conseguía que la menor accediese a satisfacer sus libidinosos deseos diciéndole que de no hacerlo, revelaría lo que estaba pasando y la culparía a ella, porque su madre no la iba a creer, incluso la enviaría fuera de su casa, a un internado.

En las primeras horas del día 26/06/2014 se encontraba Magdalena en su domicilio de Bormujos durmiendo en el Salón de casa con la hija menor del procesado, cuando Martin (que pernoctaba así mismo aquella noche allí) se aproximó hacia ella y empezó a tocarla llegando a introducirle un dedo en la vagina. Ante las protestas de la menor que le decía que la dejara acudió al salón D^a. Elisabeth , que dormía junto con su otro hijo menor de tres años en su dormitorio, sorprendiendo al acusado al que echó de la casa.

A causa de estos hechos, Magdalena padeció un cuadro depresivo no reclamando su madre indemnización alguna.

La Sra. Magdalena denunció lo sucedido una vez su hija le contó todo lo ocurrido el día 28/06/2014.

D. Martin se encuentra privado de libertad por esta causa desde el día 28/06/2014".

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLAMOS: "Absolvemos a D. Martin del delito de agresión sexual del que venía acusado, y lo condenamos como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual ya referido, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de confianza, a las penas de nueve años y cuatro meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas del juicio incluidas las de la acusación particular.

Imponemos al condenado la prohibición de comunicación por cualquier medio y de acercamiento a menos de 300 metros de Magdalena durante un periodo de 12 años.

Conforme al artículo 36 del CP , el acusado no podrá acceder al tercer grado penitenciario hasta tanto no haya cumplido la mitad de la pena impuesta.

Se impone la medida de libertad vigilada post penitenciaria del mismo durante un periodo de cuatro años.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, que puede prepararse ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación"

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por la representación del recurrente que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española , al vulnerar la sentencia recurrida el principio de presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., por infracción del art. 24 de la Constitución Española , derecho a la tutela judicial efectiva. TERCERO: Renuncia a su formalización. CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida de la agravante de abuso de confianza del artículo 22.6 del Código Penal . QUINTO: Renuncia a su formalización. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida de los artículos 181.4.5 , 180.3 y 74 del Código Penal .

QUINTO .- Instruidas las partes del recurso interpuesto, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el siete de julio pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla con fecha 23 de octubre de 2015 , condena al recurrente como autor de un delito continuado de abuso sexual a la pena de nueve años y cuatro meses de prisión. Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en seis motivos por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva y por infracción de ley.

SEGUNDO.- El primer motivo, por vulneración constitucional al amparo del art 5 4º LOPJ , y 852 Lecrim , en relación con el art 24 CE , alega infracción del derecho a la presunción constitucional de inocencia, por considerar la parte recurrente que en el caso actual la declaración de la víctima no tiene entidad suficiente para enervar el citado derecho constitucional. Centra su impugnación en el hecho de que la declaración de la víctima incurre en contradicciones, y también resulta contradictoria la declaración de su madre, así como en la insuficiencia de los elementos de corroboración del testimonio de la menor, y en concreto en la tardanza en presentar la denuncia.

El motivo carece de fundamento. La declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo así como la del Tribunal Constitucional, puede constituir prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada.

La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia. Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

En el caso actual el análisis de dichos parámetros ratifica la fuerza de convicción del testimonio de la víctima. En efecto, el propio Tribunal sentenciador excluye la concurrencia de base alguna para cuestionar la credibilidad subjetiva de la víctima, considera creíbles sus declaraciones prestadas en el acto del juicio oral cuando ya tenía quince años, con detalles propios de una manifestación absolutamente verídica y valora como suficientes los indicios de corroboración concurrentes.

Ha de tenerse en cuenta que en el caso actual el Tribunal sentenciador no dispuso como única prueba de la declaración de la víctima, sino también de la declaración de su madre, que sorprendió "in fraganti" al recurrente pretendiendo abusar de su hija. Las alegaciones de la parte recurrente cuestionando esta declaración por la presencia de supuestas contradicciones carecen de fundamento, pues estas supuestas contradicciones se refieren a cuestiones irrelevantes. En efecto, la madre de la menor sorprendió una noche al recurrente mientras se encontraba en el salón donde dormía su hija, agarrándola y metiendo una mano dentro de su ropa interior, mientras la menor protestaba. Que en una ocasión dijera que le tapaba la boca y en otra que la agarraba por el cuello es una precisión que resulta irrelevante, pues es claro que si la madre acudió a la habitación porque oyó protestar a su hija resulta razonable que el acusado pretendiese taponarle la boca, con independencia de que también la mantuviese sujeta. Como tampoco constituye una contradicción relevante que pueda cuestionar la credibilidad del testimonio de la madre, que en una declaración dijese que el acusado tocaba la vagina de la menor, y en otra que tenía una mano dentro de su pantalón de pijama, pues también resulta evidente que la posición de la mano del recurrente permitía a la madre inferir que estaba intentando tocar la zona inguinal de la menor.

Por lo que se refiere a la supuesta tardanza en denunciar, también constituye un argumento carente de fundamento. En efecto, es lógico que el shock recibido por la madre de la menor, máxime tratándose el abusador de una persona de confianza, demore un tiempo mínimo la denuncia, pero en el caso actual lo cierto es que menos de 48 horas después de los hechos el recurrente ya había sido denunciado y detenido, por lo que no puede apreciarse una demora que pueda cuestionar la credibilidad de la denuncia.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

TERCERO.- El segundo motivo, también por vulneración constitucional al amparo del art 5 4º LOPJ , y 852 Lecrim , en relación con el art 24 CE , alega infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, por considerar la parte recurrente que en el caso actual el Tribunal sentenciador no ha prestado atención alguna a la prueba de descargo.



Como recuerda la reciente STS núm 63/2016, de 8 de febrero, la doctrina de esta Sala establece que el respeto del derecho constitucional a la presunción de inocencia exige ponderar los distintos elementos probatorios, tanto de cargo como de descargo, aunque no impone que esa ponderación se realice necesariamente de un modo pormenorizado, abordando todas las alegaciones de descargo expuestas por la defensa, incluso las más inverosímiles, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo el control casacional verificar que se ha sometido a valoración la prueba de descargo practicada a instancia de la defensa y que se aprecie una explicación razonable para el rechazo de su resultado, en contraste con las pruebas de cargo (SSTC 242/2005, de 10 de octubre ; 187/2006, de 19 de junio ; 148/2009, de 15 de junio ; y 172/2011, de 19 de julio , STS 25 de septiembre de 2013, núm. 1527/2013 , de 9 de julio de 2012, núm. 1372/2012 y 30 de noviembre de 2015, núm. 757/2015).

Desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que es el invocado expresamente en el motivo de recurso que analizamos, ha de recordarse que esta tutela incluye la motivación racional de las sentencias, por lo que ha establecido la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 665/2015, de 29 de octubre y 10/2015, de 29 de enero, entre otras) que la sentencia debe contener una suficiente y razonable motivación no solo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a los puntos jurídicos del debate que sean relevantes para el fallo. Y también se ha recordado que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada.

Por lo cual, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa. De suerte que una sentencia cuya decisión esté fundada en el análisis solo de la prueba de cargo o de la de descargo no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE (SSTS 485/2003, de 5 de abril ; 540/2010, de 8 de junio ; 1016/2011, de 30 de septiembre ; y 249/2013, de 19 de marzo).

En la sentencia 1016/2011, de 30 de septiembre, se ratifica este criterio al recordar que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello mismo, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa.

En la sentencia 486/2006, de 3 de mayo, se insiste en que toda sentencia debe expresar un estudio lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de únicamente la prueba de cargo, o sólo de la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE ; la parte concernida que viese silenciado, y por tanto no valorado el cuadro probatorio por ella propuesto, no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación.

En el mismo sentido, la sentencia 2027/2001, de 19 de noviembre, subraya que la condena dictada en la instancia lo había sido con base, exclusivamente, en la prueba de cargo sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa. En ella se remarca que *"... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se ha discriminado indebidamente y de forma irrazonable toda la prueba de descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo...lo que en modo alguno resulta admisible es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un prejuicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada..."*.

En términos similares se pronuncia la sentencia 258/2010, de 12 de marzo, al incidir en que *"... la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto "sine qua non" para la racionalidad del desenlace valorativo"*. Su toma en consideración por el Tribunal "a quo" es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional.

CUARTO.- El Tribunal Constitucional también ha afirmado reiteradamente que el control que le corresponde realizar sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca



una explicación para su rechazo (SSTC 242/2005, de 10 de octubre ; 187/2006, de 19 de junio ; 148/2009, de 15 de junio ; y 172/2011, de 19 de julio).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al análisis de la prueba como proceso específico y diferenciado, señala, por ejemplo en la STC 139/2000, de 29 de mayo , que " *los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados*", que es lo que permite examinar " *la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre ; 117/2000, de 5 de mayo) (...) al efecto de verificar si el razonamiento empleado en la valoración probatoria ha sido o no arbitrario, irracional o absurdo (SSTC 140/1985, de 21 de octubre , 169/1986, de 22 de diciembre , 44/1989, de 20 de febrero , 283/1994, de 24 de octubre , 49/1998, de 2 de marzo) , o si los criterios empleados conculcan o no valores, principios o derechos constitucionales (SSTC 47/1986, de 21 de abril , 63/1993, de 1 de marzo) , o si se ha dejado de someter a valoración la versión del inculpado o la prueba de descargo en el juicio oral (SSTC 145/1985, de 28 de octubre , 151/1990, de 19 de octubre) o , más simplemente, si ha faltado toda motivación acerca de los criterios que han presidido la valoración judicial de la prueba (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre , 41/1991, de 25 de febrero , 283/1994, de 24 de octubre , por todas)*".

QUINTO .- Al trasladar los criterios precedentes al caso enjuiciado, conviene subrayar que la parte recurrente considera infringido expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva en el motivo segundo de su recurso, por estimar que la sentencia impugnada no ha efectuado valoración alguna de la versión de los hechos realizada por el acusado y supuestamente confirmada por la prueba aportada por la defensa.

Sin embargo el motivo no especifica cual es la prueba de descargo que ha dejado de ser valorada por el Tribunal de instancia. Se limita a criticar que la versión del recurrente, que niega los hechos, ha sido analizada de modo muy escueto en la sentencia impugnada, pero no señala la prueba de descargo que supuestamente fue desatendida por el Tribunal sentenciador. El Tribunal recoge expresamente que el acusado " *siempre rechazó la imputación que se le hizo*" y que " *sostuvo en la vista que la denuncia pudo proceder del despecho de D^a Elisabeth (la madre de la menor), con la que había tenido una relación sentimental a la que puso fin en contra de la voluntad de ésta...*" , pero no valora ninguna prueba sobre este extremo porque el recurrente no la propuso.

Seguidamente el desarrollo del motivo del recurrente se extiende en consideraciones de carácter general, transcribiendo literalmente sentencias de esta Sala, pero sin concretar que pruebas de descargo fueron desatendidas por el Tribunal de instancia. Lo cierto es que el Tribunal sentenciador ha valorado la totalidad de la prueba practicada, de manera muy sustancial la extensa y pormenorizada declaración de la menor, la declaración de su madre que fue testigo del último de los abusos, los informes periciales, etc. Y llega a una conclusión razonable y razonada, coincidente con la declaración de la víctima, que no es favorable para el recurrente pero que no vulnera en absoluto sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

SEXTO.- El tercer motivo de recurso ha sido desistido, renunciando la parte recurrente a su desarrollo.

El cuarto motivo, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega la vulneración del art 22 6º CP por el que se impone al recurrente la agravante de abuso de confianza, al no resultar aplicable la referida agravante al supuesto fáctico concurrente y propiciar la vulneración del principio "non bis in idem". Cuestiona la parte recurrente que existiese una especial relación de confianza entre el sujeto activo y pasivo del delito, y considera que en todo caso esta relación está integrada en el propio tipo penal al calificarse el abuso sobre la base del prevalimiento.

El motivo debe ser estimado. Es necesario recordar el modelo penal establecido en esta materia, previamente a la reforma de 2015. La norma penal establecía una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento de cualquier acción sexual realizada con un menor de trece años, al estimar que la inmadurez psíquica de estos menores les impedía la libertad de decisión necesaria, por lo que estas acciones eran constitutivas en cualquier caso de un delito de abuso sexual.

Ahora bien, en ausencia de violencia o intimidación, privación de sentido, trastorno mental o anulación de la voluntad con sustancias químicas, el delito de abuso sexual con persona mayor de trece años se produce en supuestos de concurrencia de prevalimiento (art 181 3º) o engaño (art 182).

En el caso actual se ha sancionado un delito de abuso sexual con persona mayor de trece años en el que el consentimiento se ha obtenido mediante prevalimiento, y que al ser continuado e incluir el acceso carnal, está sancionado con una pena severa, de siete a diez años de prisión (grado superior de la pena prevenida en el párrafo cuarto del art 181 CP).



El prevalimiento, que califica el delito, consiste precisamente en el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Como señalan las SSTs. 480/2016, de 2 de junio , 411/2014, de 26 de mayo , 553/2014, de 30 de junio y 355/2015, de 28 de mayo , la laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP 95, que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, ordinariamente en el sentido de endurecer su tratamiento penal, aconseja analizar con extremada atención la posibilidad, no remota, de incurrir en "bis in ídem" para evitar sancionar doblemente una misma conducta o motivo de agravación.

Ello sucede si en los supuestos en los que la calificación del abuso se fundamenta exclusivamente en la concurrencia de prevalimiento, es decir en el abuso de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, se añade como agravante genérica el abuso de confianza, pues este abuso va ínsito ordinariamente en el propio concepto de prevalimiento. Así cabe deducirlo, por ejemplo, de la reforma operada por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, que al definir una modalidad de prevalimiento en la nueva redacción del artículo 182 , se refiere a una situación de " *abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima* ", vinculando de forma manifiesta el abuso de confianza con el abuso de superioridad.

El prevalimiento se configura como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de las partes, en la que una de ellas se encuentra en manifiesta posición de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta derivada de su relación laboral, docente, familiar, cuasifamiliar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su capacidad de decidir sobre la relación sexual requerida. **Para el diccionario, prevalecer es valerse o servirse de una calidad que confiere una posición de privilegio o depara alguna ventaja.** En consecuencia, en el caso actual la doble circunstancia de la diferencia de edad y la relación cuasifamiliar, es la que determina el prevalimiento, sin que esta última relación deba configurar una causa autónoma de agravación genérica.

Es cierto que esta Sala ha estimado la apreciación de la agravante de abuso de confianza en supuestos de abusos sexuales de menores, pero genéricamente referida a abusos sobre menores de trece años, en los que la tipificación delictiva no exige abuso de una situación de superioridad, sino que se sanciona cualquier abuso por estimar que en estos casos el consentimiento siempre está viciado. En estos supuestos, en efecto, cuando además de la edad inferior a trece años concurre como circunstancia adicional el abuso de confianza, esta agravación puede sancionarse cumulativamente, como sucede también en los supuestos en que se condena por tipos diferentes al abuso con prevalimiento, como la agresión sexual (STS 844/2015, de 23 de diciembre , STS 1010/2011, de 30 de septiembre , STS núm. 161/2004, de 9 de febrero , STS núm. 768/2004, de 18 de junio o STS núm. 1918/2000, de 11 de diciembre). En cambio en otros supuestos en que se condena por abuso con prevalimiento de mayores de trece años no se aplica la agravante de abuso de confianza (STS 488/2014, de 11 de junio o STS núm. 785/2007 de 3 de Octubre).

El artículo 67 CP , dentro de las disposiciones generales de los delitos y faltas, establece la denominada regla de inherencia de las circunstancias agravantes o atenuantes, cuyo fundamento está en el principio " *non bis in ídem* ", que proscribire con carácter general la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico (ver STS 1214/02 y las citadas en la misma), principio que, aunque no reconocido expresamente en la Constitución, se ha considerado directamente emanado del de legalidad penal proclamado en el artículo 25.1 de la misma (STS 801/03).

Procede, por todo ello, la estimación del presente motivo, en lo que se refiere a la aplicación de la agravante genérica de abuso de confianza.

SÉPTIMO.- En el mismo motivo se cuestiona la aplicación de la agravante específica de especial vulnerabilidad (art 181 4 5º en relación con el 180 3º CP).

Como ya se ha expresado el artículo 67 CP establece la regla de inherencia de las circunstancias agravantes o atenuantes, cuyo fundamento se encuentra en el principio "non bis in ídem", que proscribire la doble valoración agravatoria de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico (STS 1214/02), principio que se considera directamente emanado del de legalidad penal proclamado en el artículo 25.1 CE .

Siendo ello así, el precepto contenido en el artículo 181 5º CP , en relación con el 180 1 3º plantea dificultades de aplicación cuando se remite como agravación a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad o situación y estas mismas circunstancias ya han sido ya tomadas en consideración para valorar la



conurrencia del tipo de abuso con prevalimiento, en el que la diferencia de edad y el abuso de la situación de la víctima es determinante de la esencialidad del tipo.

Siendo preciso armonizar la exigencia de aplicación del principio general "non bis in ídem", con rango constitucional, y la previsión agravatoria del artículo 180.1.3º del Código, la jurisprudencia ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias verdaderamente relevantes incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sea fundamentalmente la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico de abuso con prevalimiento y también para aplicar la agravación, no cabe esta última por infracción del "non bis in ídem".

En el caso actual, la Sala sentenciadora funda la especial vulnerabilidad esencialmente en la edad, añadiendo otras circunstancias (familia monoparental, ruptura amorosa con un novio adolescente) que carecen de relevancia suficiente para eludir la manifiesta vulneración de un principio constitucional como es el "non bis in ídem".

El motivo, en consecuencia, debe ser también estimado en este aspecto, eliminando la agravación de especial vulnerabilidad, insistiendo en que la penalidad establecida por el delito continuado de abuso sexual con prevalimiento y con acceso carnal, ya alcanza la mitad superior de la pena de cuatro a diez años establecida para esta modalidad delictiva, sin que resulte procedente sobrecargar la calificación penal con agravaciones genéricas y específicas que vulneran principios constitucionales básicos. Principios que en el ámbito penal deben ser siempre respetados, por muy repulsiva que resulte la acción delictiva sancionada.

OCTAVO.- La parte renunció a formalizar el quinto motivo de recurso.

Respecto del sexto, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, denuncia la aplicación indebida de los preceptos que determinan el delito de abuso sexual por el que ha sido condenado, pero en realidad se limita a cuestionar el relato fáctico, reiterando los argumentos expuestos en el motivo primero, por lo que se impone su desestimación.

Procede, por todo ello, la estimación parcial del recurso, por estimación del motivo cuarto, con declaración de las costas de oficio.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida en la Constitución, esta Sala ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE, por el motivo CUARTO, con desestimación de los restantes, el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por **Martin** contra sentencia de fecha 23 de octubre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en causa seguida al mismo por delito de abusos sexuales; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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 catorce de Julio de dos mil dieciséis.

El Juzgado de Instrucción núm. 19 de Sevilla incoó Sumario, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Séptima, con el número 4/2014, por delito continuado de abusos sexuales contra Martin, nacido en Sevilla el NUM006, hijo de Silvio y Benita, con DNI NUM007, declarado insolvente, sin antecedentes penales; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 23 de octubre de 2014, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron hace constar lo siguiente:



I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos condenar al recurrente Martin , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de ABUSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO Y ACCESO CARNAL, del art. 181 3 º y 4º CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y costas procesales, incluidas las de la acusación particular, pena que se estima proporcionada atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Martin , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de ABUSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO Y ACCESO CARNAL, del art. 181 3 º y 4º CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena, DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMÁS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA, especialmente los relativos a la absolución del delito de agresión sexual, prohibición de comunicación y acercamiento, libertad vigilada, limitación de acceso al tercer grado, responsabilidad civil y costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, 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.