



Roj: **STS 1498/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1498**

Id Cendoj: **28079120012018100196**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **976/2017**

Nº de Resolución: **201/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 976/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 201/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 976/17 por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por D. Raúl y D. Luis Pablo representados por el procurador D. Juan Víctor Valor Aznar y bajo la dirección letrada de D. Jesús Gómez Gómez, el primero y D.^a Antonia Caballero Salmerón, el segundo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3^a PA 55/2015) de fecha 14 de diciembre de 2016. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 3 de Cieza incoó Diligencia Previa de Procedimiento Abreviado num. 892/13 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3^a PA 55/15) que con fecha 14 de diciembre de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** «Ha resultado probado y así se declara: El acusado Luis Pablo, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación análoga a la conyugal con Encarna entre los años 2002 y 2008, madre, entre otros, de Reyes, nacida el NUM000 de 1997, que contaba durante la relación con entre 5 y 11 años. Mientras duró dicha relación, en diversas ocasiones, sin que se puedan concretar en número y momentos, Luis Pablo, encontrándose bien en el domicilio familiar, bien en la casa de campo del mismo, e incluso en el camión que conducía, movido por un ánimo libidinoso, estando desnudo, rozaba sus genitales con la menor, le realizaba tocamientos en la zona genital así como en sus pechos, y le cogía su mano para



después ponérsela en su pene y masturbarse, llegando en alguna ocasión a eyacular sobre la pierna de la menor. No consta acreditado que en estos hechos concurriese violencia ni intimidación.

El acusado Raúl , mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo entre los años 2008 y febrero de 2013, una relación sentimental análoga a la conyugal con Encarna . Durante dicha relación la menor Reyes . contaba con entre 11 y 15 años de edad. Mientras duró dicha relación, en diversas ocasiones, sin que pueda concretarse cuántas veces, ni exactamente en qué fechas, el acusado, encontrándose en el domicilio familiar, aprovechando los momentos en que Reyes . estaba acostada en el dormitorio, movido por un ánimo libidinoso, entraba en el mismo y le realizaba tocamientos en la zona genital, así como en sus pechos. No consta que al realizar estos hechos concurriese violencia ni intimidación, pero tampoco el consentimiento de la menor».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Luis Pablo como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales del artículo 181.1. 2 y 4, en relación con el artículo 180.1.3º del Código Penal , ambos en su redacción vigente a la fecha de los hechos dada por la LO 1/1999 de 30 de abril, en relación con el artículo 74. 1 y 3 del mismo texto legal , ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES ANOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la pena de PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A MENOS DE 300 METROS de Reyes ., su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por la misma, y COMUNICARSE CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO POR UN TIEMPO SUPERIOR EN CINCO AÑOS A LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA, así como al pago de la mitad de las costas causadas.

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Raúl como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años del artículo 183.1 del Código Penal , en su redacción vigente a la fecha de los hechos dada por la LO 5/2010 de 22 de junio, en relación con el artículo 74.1 y 3 del mismo texto legal , ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS Y UN DIA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la pena de PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A MENOS DE 300 METROS de Reyes ., su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier otro lugar frecuentado por la misma y COMUNICARSE CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO POR UN TIEMPO SUPERIOR EN CINCO AÑOS A LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA, así como al pago de la mitad de las costas causadas.

Requírase personalmente a los penados Luis Pablo y Raúl para el cumplimiento de las anteriores prohibiciones de alejamiento y comunicación, con expreso apercibimiento de que su incumplimiento podrá ser constitutivo de un delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto y penado en el artículo 468.2 del Código Penal .

Líbrese oficio a la Policía Local y Policía Nacional del lugar donde resida la perjudicada y condenados, a efectos de que tenga conocimiento del mismo y sirva de constancia y garantía de su efectividad por el referido Cuerpo y demás Fuerzas de Seguridad a las que se remita el mismo, las cuales deberán actuar en coordinación para su correcto cumplimiento.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, procederá abonar a cada condenado todo el tiempo en que haya estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera absorbido por otras.

Reclámese, en su caso, del Instructor, debidamente terminada, las piezas de responsabilidades pecuniarias.

Llévese el original de la presente al legajo correspondiente haciendo las anotaciones oportunas en los libros de este Tribunal, de la que se unirá certificación o testimonio al rollo de esta Sala.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes procesales, con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, por medio de escrito autorizado con la firmas de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación».

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación procesal de D. Luis Pablo se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE .



2º.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECRIM , se denuncia infracción de Ley, por vulneración del artículo 181.2 y 4 en relación con el 180 1.3º del CP en la redacción vigente la fecha de los hechos que viene regulada por la LO 1/99.

El recurso interpuesto por la representación procesal de D. Raúl se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Al amparo del artículo 852 de la LECRIM denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución .

2º.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECRIM , se denuncia infracción de Ley, por vulneración del artículo 181.2 y 4 en relación con el 180 1.3º del CP .

3º.- Al amparo del artículo 849.2º de la LECRIM se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 5 de abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia dictó sentencia en fecha 14 de diciembre de 2016 que condenó a D. Luis Pablo como autor de un delito continuado de abusos sexuales, según legislación dada por LO 1/1999 de 30 de abril vigente a la fecha de los hechos, a la pena de tres años de prisión, y a Raúl también por un delito también continuado de abusos sexuales según legislación aprobada por LO 5/2010, vigente a la fecha de los hechos, a la pena de a la pena de cuatros años y un día de prisión.

Contra dicha resolución interpusieron recurso los dos condenados, a los que se ha opuesto el Fiscal y que pasamos a examinar.

Recurso de D. Luis Pablo .

SEGUNDO.- Con invocación de los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ , el primer motivo de recurso denuncia infracción de la presunción de inocencia.

Entiende el recurrente que la prueba practicada en el presente caso carece de entidad suficiente a tal fin.

1. Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (artículo 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

En todo caso, integra también doctrina reiterada, que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.



Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié para, a partir de ella, confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y de suficiente contenido incriminatorio, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

2. En concreto cuestiona el recurso la fuerza probatoria que la Sala sentenciadora otorgó a la declaración de la víctima de los hechos, que era menor cuando aquellos ocurrieron y había alcanzado ya los 19 años al momento del juicio oral.

Ciertamente la prueba de cargo en relación a los hechos se ha centrado en la declaración testifical de la menor afectada, lo que es habitual en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Son conductas delictivas respecto a las que, debido al componente personalista que presentan y los espacios de intimidad en que se suelen perpetrar, no es fácil que exista la posibilidad de contar con otras pruebas personales distintas para acreditar el núcleo del hecho delictivo. Por lo tanto, ha de partirse del testimonio de quienes figuran como víctimas, sin perjuicio de complementarlo con otros datos probatorios accesorios que lo corroboren o desdigan (SSTS 61/2014 de 3 de febrero o 274/2015 de 30 de abril , entre otras).

En definitiva, se trata de prueba testifical cuya credibilidad 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, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido 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. 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. Constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia y a ellos ha acomodado la Sala sentenciadora su valoración. Frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

3 . En este caso la Sala sentenciadora ha analizado la declaración de la menor desde ese triple prisma.

La credibilidad subjetiva de la víctima se acostumbra a constatar, además de por algunas características físicas o psíquicas singulares del testigo que pudieran debilitar su testimonio (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil, etcétera), por la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En este caso se descartó factor determinante de una merma de la credibilidad basada en alguna característica física de la joven, o rastro de que pudiera haber actuado guiada por un ánimo oscuro o torcido, ni personal ni inducido a través de su madre. Así señaló la Sala sentenciadora «es difícil que pueda concurrir motivo espurio alguno que determine una acusación de esta naturaleza, cuando la propia joven declaró que no quería hacer daño a los acusados, a Luis Pablo porque era el padre de su hermano pequeño y a Raúl porque tenía otras hijas. Es más, la joven y su madre declararon, y así lo ratificó la propia psicóloga Adoracion , que cuando fueron al psicólogo solo querían ayuda pero no denunciar los hechos, que les daba pena y que no querían que fueran a la cárcel. Todo ello unido al dato objetivo de que ni Reyes . ni su madre han reclamado indemnización alguna.

En consecuencia, no existe el menor atisbo de que las declaraciones de la joven estén rodeadas de motivos espurios o hayan sido inducidas por sus padres o familiares para conseguir propósito de venganza, o para obtener algún beneficio de ningún tipo».



En lo concerniente al parámetro de la credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, lo centra la jurisprudencia en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa). También imprimió el Tribunal de instancia este doble prisma de análisis.

Así explicó la Sala sentenciadora «Desde el punto de vista interno el testimonio de la joven fue impecable, lógico, contundente, sincero, objetivo y claro, habiendo estado acompañada de la psicóloga de la Concejalía a fin de garantizarle mayor seguridad, tranquilidad y espontaneidad posible en su declaración».

Valoró como elementos de corroboración el testimonio de la madre de ella, en cuanto que relató de manera coincidente con la misma las circunstancias en que se produjo la revelación respecto a lo ocurrido (tras una discusión) y como ello provocó que aquella echara de su domicilio quien en ese momento era su pareja, el otro acusado. También el de quien en ese momento era el novio de la joven, y a quien también contó entonces la situación de abusos a que se vio sometida. Esta declaración es considerada como elemento de corroboración en cuanto que ratificó la ocasión en las que la joven relató la experiencia vivida, «el día que Reyes . discutió con su madre y contó lo de los abusos sexuales, a él también le dijo, llorando y con mucha ansiedad, que Raúl y Luis Pablo le metían mano en la cama por los pechos y sus partes, que se lo creyó», y respecto a los datos que él pudo apreciar directamente y reveladores de la situación a la que la joven se vio sometida, como que se mostraba «arisca» con las parejas de su madre.

Por último, también tomó en consideración como elemento de corroboración el testimonio de la psicóloga que en ese momento atendió a la madre y la hija, distinta de las que con posterioridad redactaron el informe de credibilidad, quien apreció la alteración emocional de ambas, y sintomatología compatible con el momento vital que atravesaba la joven al haber eclosionado el conflicto que arrastro en secreto durante años, y a la que derivó al Proyecto Luz. Precisamente dos de las profesionales del mismo elaboraron la pericia sobre credibilidad al que también alude la sentencia recurrida como elemento refrendador. Este tipo de pruebas, como pericias que son, consisten en la emisión de pareceres técnicos por parte de quienes tienen una especial preparación para ello, sobre datos obtenidos a través de la exploración del menor y analizados a partir de sus propios conocimientos empíricos y el auxilio de las técnicas propias de su disciplina. Dado su objeto, constituyen una herramienta que auxilia al Tribunal en la función valorativa que le corresponde, pero no suplen la misma y carecen de efecto corroborador, salvo que constaten la presencia de rasgos sugerentes de la realidad del hecho objeto de prueba. En este caso las psicólogas, a explicaron que Reyes . aparentemente no presentaba sintomatología, aunque no descartaron que ésta apareciera a posteriori. En cualquier caso, no fue este el único elemento de corroboración considerado.

Finalmente analizó el testimonio desde el punto de vista de la persistencia, parámetro que para la jurisprudencia de esta Sala se asienta en la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones; en su concreción, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades; y en ausencia de contradicciones, lo que exige la necesaria conexión lógica entre las distintas versiones narradas en momentos diferentes (STS 964/2013 de 17 de diciembre o 476/2014 de 4 de junio).

Dice sobre este aspecto la sentencia que «la joven narra los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar, sin generalidades ni ambigüedades. Es cierto que resulta imprecisa en cuanto a las fechas, número, pero este comportamiento es frecuente cuando los abusos comienzan a una edad muy temprana, y se prolongan varios años, de forma relativamente habitual, pues en esos casos resulta objetiva y subjetivamente difícil precisar las fechas y número de los hechos La joven afirmó que nunca le había contado lo ocurrido a nadie, ni a su madre ni a la psicóloga de Servicios Sociales, y que lo hizo en una disputa que tuvo con su madre al decirle que ella había tenido una vida muy dura. Es decir cuando la menor no se siente apoyada por su madre, habiendo relatado los hechos desde ese momento, nunca dando marcha atrás, siempre manteniendo en que eran verdad, si bien, con mayores explicaciones conforme iba pasando el tiempo como es propio según explicaron las psicólogas y una vez pasado el estado de shock.

Concurre por lo tanto la necesaria persistencia material en la incriminación, manteniendo el relato la conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes: ante la psicóloga de Servicios Sociales (folios 5 a 10), ante psicólogas del Proyecto Luz (folios 25 a 29, 41 a 49), y ante el Juez Instructor (folio 39)».

En definitiva, hemos de concluir que la valoración de la Sala sentenciadora supera el canon de motivación exigible respecto a la valoración de la prueba de cargo, cuya racionalidad resulta incuestionable. Las alegaciones del recurso en relación a las posibles contradicciones, o más bien inexactitudes entre el testimonio de la joven víctima y su madre, que no afectan a su núcleo. Por lo demás, el recurso incide en aspectos tomados en consideración por el Tribunal sentenciador, incapaces de hacer mella en la aptitud probatoria del testimonio ampliamente analizado desde distintas perspectivas, cuya idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia queda así patente.



El motivo se desestima.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación de los artículos 181.1.2 y 4, en relación con el artículo 180.1.3º CP, según redacción vigente a la fecha de los hechos.

Entiende el recurrente que se ha vulnerado el principio *non bis in ídem* al haber sido condenado por los abusos a una menor de 13 años, tomando la edad para conformar el tipo penal, y a su vez como elemento de agravación.

1. Según el relato de hechos probados que en atención al cauce casacional empleado nos vincula, los hechos tuvieron lugar entre 2002 y 2008, por lo que resulta aplicable el texto penal según redacción dada al mismo por la LO 1/1999, de 30 de abril, que en los aspectos concernidos era la siguiente: Artículo 181 «1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años...

4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3. a o la 4. a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código»

Por su parte, rezaba el artículo 180.1.3ª «Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años».

Los hechos por los que ha sido condenado el recurrente se refieren al abuso sexual en relación con la menor que contaba entre 5 y 11 años. Con la descrita edad confluyeron otras circunstancias tomadas en consideración por la Sala sentenciadora, a partir del aprovechamiento por parte del acusado de la facilidad de toda índole que le brindaba la relación análoga a la conyugal que mantenía con la madre de la niña, con la que llegó a tener un hijo en común. Todo ello provocó un correlativo debilitamiento de las posibilidades de comprensión y reacción de la pequeña, que supuso un plus sobre el dato cronológico a la hora de configurar esa situación de particular exposición que implica la especial vulnerabilidad, y que descarta cualquier compromiso del alegado *non bis in ídem*.

En este aspecto el motivo no puede prosperar.

2. También se planteó en un segundo inciso del mismo motivo falta de proporcionalidad de la pena, que a juicio del recurrente se basó exclusivamente en considerar «excesivamente intrusivas» las conductas desarrolladas.

De manera reiterada ha señalado la jurisprudencia de esta Sala que la función final de individualización de la pena no corresponde a este Tribunal de Casación sino al sentenciador, por lo que en sede casacional únicamente procederá controlar si el órgano de instancia ha realizado esta función dentro de los parámetros legales y sobre la base de una motivación razonable. Aunque la necesidad de motivación ex artículo 120.3 CE alcanza en todo caso a la pena concretamente impuesta, no se establece la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto -necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de Ley (SSTS 1169/2006 de 30 de noviembre, 809/2008 de 26 de noviembre, 854/2013 de 30 de octubre ó 800/2015 de 17 de diciembre).

El Tribunal de instancia dedicó el fundamento de derecho quinto a explicar las razones por las que individualizó la pena de la manera en que lo hizo. Así señaló: «En lo que se refiere a la individualidad de la pena, para el acusado Luis Pablo, cabe señalar como punto de partida que el delito de abusos sexuales de que se trata se castiga en el artículo 181.1 del Código Penal vigente en la fecha de los hechos con la pena de un año a tres años de prisión o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Teniendo en cuenta que concurría la circunstancia del artículo 181.4º en relación con el punto 3º del artículo 180.1 del Código Penal conforme a la redacción vigente a la fecha de los hechos (de tratarse de una víctima especialmente vulnerable), y que el delito debe ser considerado continuado por tratarse de una pluralidad de acciones ejecutadas aprovechando idéntica ocasión, visto el mayor reproche penal que merece la acción enjuiciada al llevarse a cabo por el acusado aprovechando la facilidad que le brindaba la convivencia con la menor y la confianza con la madre, procede optar por la pena de prisión en vez de la pena de multa. En torno a su duración, entendemos que debe ascender a 3 años prisión, que corresponde a la extensión máxima de la pena legalmente prevista teniendo en cuenta la entidad de las conductas, que fueron excesivamente intrusivas».



Del párrafo transcrito se desprende claramente que el Tribunal sentenciador en la opción penológica que ofrecía el tipo penal aplicado, se decantó por la pena privativa de libertad por considerarla más ajustada a la gravedad de los hechos, lo que exteriorizó a través de una argumentación lo suficientemente explícita para apreciar su razonabilidad y descartar que sea fruto de la arbitrariedad. La pena quedó determinada dentro de los contornos de la pena legal, ciertamente en el límite máximo del estrecho margen de actuación, lo que no puede considerarse desproporcionado con la intensidad de los ataques y su prolongación temporal.

En consecuencia, también es este segundo aspecto el motivo se desestima y, con él, la totalidad del recurso.

Recurso de D. Raúl .

CUARTO.- El primer motivo de recurso, a través de los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ , denuncia infracción de la presunción de inocencia, en cuanto que entiende que el testimonio de la menor afectada carece de idoneidad para ello. En este aspecto hemos de remitirnos a lo expuesto en el primer motivo del recurso precedente, en el que la cuestión ha sido ampliamente analizada. Lo allí expuesto es aplicable al motivo que ahora nos ocupa, si bien hemos de destacar un cierto déficit argumentativo a la hora de enlazar las afirmaciones de la menor respecto al comportamiento que el *factum* atribuye al ahora recurrente, lo que, avanzamos ya, afecta necesariamente al juicio de subsunción cuestionado en el siguiente motivo.

QUINTO.- El segundo motivo de recurso se plantea por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECRIM y como en el caso anterior, se bifurca en un doble planteamiento.

El primero de ellos, al igual que el recurso anterior, plantea la inadecuada aplicación de los artículos 181.1 , 2 y 4 en relación con el artículo 180.1 , 3º CP (según redacción dada por la LO 1/1999 de 30 de abril), lo que entiende vulnera el principio *non bis in ídem*. Este planteamiento obvia que el recurrente Sr. Raúl fue condenado con arreglo al CP vigente a partir de la LO5/2010, que entro en vigor en diciembre de ese año, y que lo fue además por el tipo básico del artículo 183.1 CP .

En segundo lugar denuncia falta de proporcionalidad de la pena, lo que enlaza con la falta de concreción del número, frecuencia y detalles de los distintos cometimientos sobre los que se sustenta la continuidad delictiva apreciada. Esta alegación pone de relieve un déficit descriptivo del relato de hechos probados que incide en el juicio de subsunción.

1. En lo que atañe al recurrente declaró probado la Sala sentenciadora que «mantuvo entre los años 2008 y febrero de 2013, una relación sentimental análoga a la conyugal con Encarna . Durante dicha relación la menor Reyes . contaba con entre 11 y 15 años de edad. Mientras duró dicha relación, en diversas ocasiones, sin que pueda concretarse cuántas veces, ni exactamente en qué fechas, el acusado, encontrándose en el domicilio familiar, aprovechando los momentos en que Reyes . estaba acostada en el dormitorio, movido por un ánimo libidinoso, entraba en el mismo y le realizaba tocamientos en la zona genital, así como en sus pechos. No consta que al realizar estos hechos concurriese violencia ni intimidación, pero tampoco el consentimiento de la menor».

El relato se completa con el dato cierto respecto a la fecha de nacimiento de la niña, concretado en el primer inciso del relato de hechos, el NUM000 de 1997.

El precepto aplicado, artículo 183.1 CP disponía «el que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años».

La legislación aplicada, que estuvo vigente hasta la última reforma operada por la Ley 1/2015, ubicaba la edad a para el consentimiento en el ámbito sexual en los 13 años. Cumplidos éstos, si no concurrían otros condicionantes que viciaran o anularan ese consentimiento y que permitieran desplazar la tipicidad hacia otros preceptos, el contacto sexual era atípico. Entre tales condicionantes se encontraban el empleo de violencia o intimidación (artículo 178); la actuación sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometieran anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto (artículo 181.2); la obtención del consentimiento prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (artículo 181.3), o mediante engaño si el menor contaba entre 13 y 16 años (artículo 182).

En este caso no se apreció ninguna de esas circunstancias, en cuanto que ni siquiera se contempló la posibilidad de aplicar la modalidad agravada por prevalimiento de una situación de superioridad (artículo 183.4 d.).

Según los datos fácticos consignados, la menor cumplió los 13 años el NUM000 de 2010, lo que implica, de un lado, que los hechos a partir de ese momento no encajan en el tipo penal que la Sala sentenciadora consideró. De otro, que la legislación aplicable a los acontecimientos que pudieran haberse desarrollado previamente,



entre el año 2008 y aquella fecha, es la anterior a la LO 5/2010, es decir, la que estuvo en vigor a partir de 1999, lo que nos reconduce al tipo previsto en el entonces vigente artículo 181,1 y 2, de menor penalidad que el aplicado.

Ahora bien, a la hora de efectuar el juicio de subsunción nos enfrentamos al problema que el recurso, aun con otra orientación, ha puesto de relieve. La indefinición del relato de hechos que nos vincula. El mismo habla de tocamiento producidos en el lapso temporal que acota como coincidente con la relación sentimental mantenida entre el acusado y la madre de la niña (desde el 2008 hasta febrero de 2013), sin poder concretar «cuantas veces, ni exactamente en que fechas». Esa indefinición deja abierta la posibilidad de que incluso todos ellos se produjeran una vez aquella hubiera rebasado el umbral de los 13 años. Se trata de una alternativa que encaja con toda facilidad en la secuencia histórica que se rememora, y que la fundamentación jurídica no disipa.

2. De manera reiterada ha descartado esta Sala la posibilidad de que las lagunas del relato fáctico se integren con la fundamentación jurídica cuando ello opera en perjuicio del reo. Pero es que, además en este caso, tampoco la fundamentación jurídica facilita una explicación que supla tal déficit. El fundamento segundo analiza la declaración de la víctima, y así como en relación al primer acusado se ubican los tocamientos cronológica y espacialmente desde su inicio (cuando la pequeña contaba con 5 años, en Cieza, en la casa de campo de Luis Pablo o en su camión) la data temporal que ella aporta respecto a lo ocurrido con Raúl en relación con su edad no coincide con la que concretó el relato de hecho, sin que se incluya una mínima elaboración que permita enlazar ese testimonio con la conclusión que se considera probada.

Hemos respaldado el criterio del Tribunal sentenciador al considerar que la imposibilidad de concretar espacial y temporalmente los diferentes acometimientos sexuales que padece una menor a lo largo de un periodo dilatado de tiempo, durante el que el agresor aprovecha una relación cotidiana con ella, no merman la fuerza incriminatoria de su testimonio. Sin embargo ello no diluye la necesidad de que los elementos sobre los que pivota la tipicidad queden perfectamente delimitados.

En atención a ello, las lagunas apreciadas en relación al comportamiento del recurrente, obligan a estimar el recurso y emitir respecto al mismo un pronunciamiento absolutorio, sin necesidad de analizar el tercer motivo de recurso.

Costas.

SEXTO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM procede condenar al Sr. Luis Pablo al pago de las costas de esta instancia, declarando de oficio las correspondientes al otro recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido DESESTIMAR el recurso interpuesto por la representación de D. Luis Pablo, contra la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª PA 55/2015).

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en su recurso.

ESTIMAR el recurso interpuesto por la representación de D. Raúl, contra la sentencia anteriormente citada y en consecuencia casamos y anulamos parcialmente esa resolución, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho.

Declarar de oficio las costas causadas en el recurso de D. Raúl.

Comuníquense ambas resoluciones a la mencionada Audiencia, a los efectos oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 976/2017

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto ha visto el recurso de casación num. 976/17 por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por D. Raúl y D. Luis Pablo representados por el procurador D. Juan Víctor Valor Aznar y bajo la dirección letrada de D. Jesús Gómez Gómez, el primero y D^a Antonia Caballero Salmerón, el segundo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3^a PA 55/2015) de fecha 14 de diciembre de 2016, que ha sido casada y anulada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. y Excm. Sra. anotados al margen, proceden a dictar esta segunda sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la sentencia de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- De conformidad con la sentencia que antecede procede absolver a D. Raúl del delito por el que fue condenado, declarando de oficio las costas de la primera instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido ABSOLVER a D. Raúl del delito de abuso sexual a menor de 13 años por el que fue condenado en la sentencia de la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 14 de diciembre de 2016 en el PA 55/2015, declarando de oficio la mitad de las costas de la primera instancia, ratificando en lo que no se oponga a lo dicho los restantes pronunciamientos de la citada sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde