



Roj: **STS 341/2023 - ECLI:ES:TS:2023:341**

Id Cendoj: **28079120012023100062**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2023**

Nº de Recurso: **10507/2022**

Nº de Resolución: **71/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ Sala de lo Civil y Penal, 31-05-2022,
STS 341/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 71/2023

Fecha de sentencia: 08/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10507/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10507/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 71/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 8 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional interpuesto por **Constantino**, representado por la procuradora D.ª Andrea de Dorremochea Guiot y defendido por el letrado D. Jordi Alis Vila, siendo parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 218/2022 de 31 de mayo, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación n.º 98/2022.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Cervera, exclusivo de Violencia sobre la Mujer, instruyó diligencias previas 1/2020, contra **Constantino**, por delito de agresión sexual a menores de 16 años. Remitida la causa a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida, visto en juicio oral, rollo de Sala número 6/2021, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal como acusación pública, dictó sentencia n.º 382/2021, de 17 de diciembre que contiene los siguientes: "HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El acusado, Constantino, mayor de edad y sin antecedentes penales computables, contrajo matrimonio con Susana en el año 2009, fruto del cual tuvieron un hijo en común.

Al momento del matrimonio Susana tenía una hija de una relación anterior, María Rosa, nacida el NUM000 de 2006, la cual pasó a convivir junto a la pareja y al hijo menor de ambos, haciéndolo durante los últimos días en la localidad de DIRECCION000.

SEGUNDO.- Desde el inicio de la relación conyugal con la Sra. Susana, el acusado ejerció una actitud de control sobre el núcleo familiar, siendo frecuentes las discusiones, amenazas e insultos hacia su esposa cuando la misma no observaba sus indicaciones en cuanto a su forma de vestir o en relación con la educación de los hijos de la pareja, sometiendo especialmente a Susana y María Rosa a una vigilancia de sus hábitos y relaciones con terceras personas, e incluso alguna vez a no dejar salir del domicilio a la menor María Rosa y a encerrar a su madre en la habitación, pegándoles en varias ocasiones, dándoles patadas y tirándoles del pelo, controlando también la forma de vestir de la menor, llegando a golpear a María Rosa y a su hermano con una manguera un día en que, hallándose la madre fuera del domicilio familiar, ambos se encontraban jugando en la piscina existente en la vivienda, tras lo cual llegó Susana, quien, tras ver un comportamiento extraño en sus hijos, cogió a los pequeños y los llevó a la ducha, comenzando una discusión con el acusado, el cual acabó cogiendo un cuchillo con el que los amenazó diciéndoles que los mataría. En otra ocasión, el acusado condujo bebido por delante del domicilio familiar, dirigiéndose muy alterado a su familia desde la calle, gritando que los mataría. Otro día, mientras la familia volvía en coche de la localidad de DIRECCION001, el acusado inició una fuerte discusión con su esposa, gritándole y haciendo maniobras extrañas con el vehículo, manifestando que morirían los cuatro.

TERCERO. Poco antes de que María Rosa cumpliera los 11 años de edad, el acusado comenzó a entrar en el cuarto de baño desnudo cuando la menor se estaba duchando, accediendo en ocasiones a su habitación bajo el pretexto de suministrarle insulina para la diabetes que la misma padecía, lo cual no hacía, sino que la cogía fuertemente por los brazos o la estiraba en la cama y le realizaba tocamientos en los pechos, el culo y la vagina, a veces por encima del pantalón y a veces por dentro, mientras ella intentaba escapar dándole patadas, sin lograrlo, procediendo el acusado a masturbarse pidiéndole que lo hiciera ella, a lo que la menor se negaba, manifestándole que si le decía algo a su madre la mataría. En una ocasión, mientras la menor se encontraba dormida en un colchón en el suelo del comedor de la vivienda, el acusado se tumbó detrás de la misma y, agarrándola con fuerza, comenzó a tocarle los pechos, el culo y la zona vaginal, dándole besos en la boca.

Finalmente, una noche no determinada del mes de octubre de 2019, tras negarse Susana a mantener relaciones sexuales con el acusado, éste último se dirigió a la habitación en que dormía María Rosa y se metió en la cama de la menor, colocándose encima de ella, tapándole la boca con una mano al tiempo que con la otra intentaba quitarle la ropa, resistiéndose a ello la menor quien, en un momento en que el acusado le sacó la mano de la boca pudo gritar, lo que alertó a su madre, la cual acudió inmediatamente al dormitorio y le sacó de encima al acusado, dándole una bofetada.

Los tocamientos a la menor se produjeron con una frecuencia semanal desde poco antes de que la misma cumpliera los 11 años de edad hasta este último episodio de octubre de 2019."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS CONDENAMOS a Constantino como autor criminalmente responsable de un delito continuado de agresión sexual a menor de



16 años anteriormente definido, a la pena de nueve años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndole la prohibición de comunicarse con la menor María Rosa por cualquier medio y de aproximarse a la misma, a su domicilio o cualquier lugar en que se encuentre en una distancia inferior a 200 metros por tiempo de 11 años, imponiéndole también la medida de libertad vigilada por tiempo de 7 años.

CONDENAMOS A Constantino como autor criminalmente responsable de un delito de violencia en el ámbito doméstico anteriormente definido, a la pena de dos años de prisión y cuatro años y nueve meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena imponiéndole la prohibición de comunicarse con María Rosa y Susana por cualquier medio y de aproximarse a las mismas, a su domicilio o cualquier lugar en que se encuentren en una distancia inferior a 200 metros por tiempo de 4 años.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a María Rosa en la suma total de 25.000 euros y a Susana en la suma de 5.000, cantidades que devengarán el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

ABSOLVEMOS a Constantino del delito continuado de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del CP por el que se había formulado acusación.

Condenamos a Constantino al pago de 2/3 partes de las costas del procedimiento, incluidas las de la Acusación Particular, con declaración de oficio de 1/3 parte.

Abónese al condenado, en caso de proceder el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad, y para la extinción de las mismas, el tiempo que hubiere estado privado provisionalmente de libertad por esta causa si no le hubiere sido computado en otra distinta. [...]."

Dicha resolución fue rectificada por auto de 14 de enero de 2022 con la parte dispositiva siguiente: "Ha lugar a la rectificación del Fundamento de Derecho Octavo de la sentencia dictada por esta Sala el 17 de diciembre de 2021, cuyo párrafo sexto deberá corregirse en el siguiente sentido: "En favor de María Rosa, 20.000 euros en concepto de daño moral derivado del delito de agresión sexual, a lo que habrá de sumarse 5.000 euros en concepto de daño moral derivado del delito de violencia en el ámbito doméstico", debiendo mantenerse el fallo de dicha resolución. [...]."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa de **Constantino**, dictándose sentencia n.º 218/2022 de 31 de mayo, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación n.º 98/2022 que contiene la siguiente parte dispositiva: "En atención a lo expuesto FALLAMOS: No haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Constantino, contra la sentencia de 17 de diciembre de 2021 de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección Primera), confirmando íntegramente la misma. Declaramos de oficio las costas procesales de esta segunda instancia. [...]."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Constantino**, 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.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

MOTIVO PRIMERO. Por infracción de precepto constitucional, vulneración del principio de tutela efectiva del art. 24.1 C.E., en relación con el principio de presunción de inocencia del art. 24.2 C.E., al haberse producido una valoración errónea, ilógica e incompleta de la prueba, concluyendo, equivocadamente, la comisión del delito de abuso sexual a una menor de 16 años.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 14 de diciembre de 2022 se señala el presente recurso para fallo para el día 7 de febrero del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha. En el mismo proveído se acordó dar traslado por ocho días a la parte recurrente para que informara sobre la eventual aplicación de la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre. Transcurrido el plazo concedido, no efectuó alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La sentencia objeto del presente recurso de casación es condenatoria por un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años y otro delito de violencia en el ámbito familiar, contra la que opone un único motivo en el que reproduce el contenido del recurso de apelación, denunciando ante esta Sala la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Destaca en su argumento que la única actividad probatoria es la declaración de la menor, con contradicciones relevantes y apoyo en la declaración de la madre, que no alcanzaron, a su juicio, la condición de prueba suficiente, existiendo alternativas razonables que permiten considerar la ausencia de precisa actividad probatoria que denuncia. El motivo es reproducción del contenido de la apelación, cuestionando la testifical incriminatoria y procediendo a una revaloración de la testifical aportada por la defensa.

El motivo se desestima. De acuerdo a una reiterada jurisprudencia, por todas Sentencia 489/2022, de 19 de mayo, la sentencia objeto de la casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia en apelación de la dictada por la Audiencia Provincial que ha conocido del objeto del proceso penal en el que, en la primera instancia, se celebró el juicio oral con la práctica de la prueba, y en la segunda se ha procedido a la revisión del pronunciamiento condenatorio dictado en la primera instancia. Ambas han realizado el enjuiciamiento de los hechos. Por lo tanto, cuando se plantea la casación ya se han pronunciado dos instancias jurisdiccionales sobre la conformación de los hechos y se ha satisfecho el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria conforme a las exigencias del proceso penal. Como hemos reiterado, por todas STS 20/2019, de 8 de enero, la casación que surge de la reforma operada por la ley 41/2015, ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE). En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la actividad probatoria.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia aparece correctamente enervado en las sentencias recaídas en autos. Las dos sentencias recaídas sobre los hechos afirman con rotundidad la correcta enervación del derecho fundamental a la presunción de inocencia. La sentencia objeto de esta casación, la de la apelación, califica de contundente el acervo probatorio tenido en cuenta para la conformación del relato fáctico. La declaración de la menor es valorada por su contenido incriminatorio y calificada de exhaustiva, pormenorizada, prolongada en el tiempo y sin ambigüedades y contradicciones relevantes. La valoración racional de la prueba parte de la testifical de la menor, que si bien en un principio no manifestó nada con relación a los hechos, a raíz de enterarse de que no era su progenitor puso de manifiesto la situación incómoda que, en ocasiones, le generaba la persona con la que convivía su madre. Tras una discusión familiar entre la pareja, el acusado acude al dormitorio de la menor, con la pretensión de realizar actos de contenido sexual, y es la madre de la menor la que pone en fuga al agresor, denunciando los hechos e iniciando la investigación. El testimonio de la menor aparece corroborado por la declaración de la madre, con un contenido incriminatorio que permite la corroboración de los anteriores al coincidir con el episodio en los que no existía denuncia previa. Ese testimonio aparece corroborado por las pruebas psicológicas y las declaraciones prestadas y documentación aportada por los Servicios Sociales, que han dado credibilidad al testimonio de la menor describiendo las situaciones que ha sufrido. Los dos tribunales han valorado las declaraciones incriminatorias y la prueba de descargo practicada, valoración que, concluye el Tribunal Superior de Justicia en el fundamento cuarto, analiza la racionalidad de la valoración realizada por el Tribunal de instancia, partiendo del testimonio de la menor al que se le da credibilidad por concurrir elementos de racionalidad suficientes para afirmar la, declaración que aparece corroborada por la testifical de la madre y las periciales psicológicas practicadas, lo que lleva a ambas instancias a concluir en existencia de la precisa actividad probatoria, de cargo y suficiente para enervar el derecho fundamental del acusado, al tiempo que se ha valorado la prueba de descargo sin llegar a cuestionar la credibilidad de las testifical de cargo. Los testimonios aportados por la defensa, dos familiares directos del acusado, un funcionario policial, el propietario de la vivienda, declarando sobre el correcto comportamiento del



acusado como ciudadano y familiar, no cuestiona la testifical sobre el objeto de la denuncia realizada por la víctima y su madre. La pericial que aporta la defensa fue racionalmente valorada por el tribunal que se decanta por la pericial practicada en el proceso, cuestionando las bases del análisis de la pericia de la defensa.

La valoración de la prueba que compete a los órganos del enjuiciamiento es razonable y ha sido revisada en apelación.

Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria. El motivo se desestima.

SEGUNDO.- No procede modificar la penalidad impuesta por la aplicación de la reforma operada por la Ley 10/2022. La penalidad impuesta, de 9 años de prisión, es procedente desde la subsunción de los hechos en los arts. 181.1 y 2, 4 e) y 74 del Código Penal tras su reforma.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º) Desestimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **Constantino**, representado por la procuradora D. ª Andrea de Dorremochea Guiot y defendido por el letrado D. Jordi Alis Vila, contra la sentencia n.º 218/2022 de 31 de mayo, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación n.º 98/2022.

2.º) Condenar a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso de casación.

Comuníquese esta resolución al Tribunal de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.