



Roj: **STS 441/2021 - ECLI:ES:TS:2021:441**

Id Cendoj: **28079120012021100098**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2021**

Nº de Recurso: **1383/2019**

Nº de Resolución: **106/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 3255/2018,**
STS 441/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 106/2021

Fecha de sentencia: 10/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1383/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N.6

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

Transcrito por: IGA

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION núm.: 1383/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 106/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta



D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 10 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1383/2019 interpuesto por la representación legal del acusado **Damaso** contra la Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2018, dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de las Palmas, que condenó al acusado como autor de un delito continuado de abuso sexual.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal y el recurrente, **Damaso** representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. María Claudia Munteanu y defendido por el Letrado D. Juan Carlos Mejías López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de DIRECCION000 incoó sumario 3347/13, contra Damaso por delitos de agresión sexual. Una vez concluidas las actuaciones las remitió a la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 6ª) rollo 65/16, que con fecha 11 de diciembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"PRIMERO- Probado y así se declara que El procesado Damaso , durante seis años mantuvo una relación sentimental con Leocadia . En el año 2013 en el domicilio sito en la CALLE000 núm NUM000 b) DIRECCION001 , del término municipal de DIRECCION002 y partido judicial de DIRECCION000 , junto a ellos convivía la hija de Leocadia llamada Nicolasa nacida el NUM001 de 2000, convivencia que cesó tras la denuncia formulada por Leocadia frente al procesado que dio lugar al juicio de faltas 30/2013 tramitado en el Juzgado de Instrucción Nº 1 de DIRECCION000 ; en el que se dictó sentencia absolutoria con fecha 14 de marzo de 2013.

En fecha y hora no determinada del año 2013, cuando la menor Nicolasa se encontraba a solas con el procesado Damaso , al encontrarse la madre de aquella trabajando, valiéndose de la especial relación de confianza que mantenía con la menor y animado por el deseo de satisfacerse sexualmente, y cuando la menor se iba a dormir a su habitación se acercó a darle un beso en la mejilla y le tocó el pecho, diciéndole que había sido sin querer y pidiéndole perdón a aquella día siguiente, solicitando que no le contara nada a su madre.

Una semana después, cuando la menor se encontraba nuevamente en el domicilio antes mencionado y a solas con el procesado, pues su madre se encontraba trabajando, en hora no determinada tras la cena, el procesado Damaso , con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales tocó de nuevo los pechos a la menor.

SEGUNDO.- Igualmente se declara probado que, en fecha y hora no determinada del año 2013, en cualquier caso posterior al 23 de mayo, cuando la menor Nicolasa y su madre ya no convivían en el referido domicilio haciéndolo en una vivienda sita en DIRECCION000 sufragando los gastos el procesado, la menor acudió al mismo para recoger un perro de su propiedad manifestándole el procesado que él no le iba a llevar a su domicilio y que con el perro no podría viajar en la guagua por lo que Nicolasa optó por quedarse a dormir en el domicilio habida cuenta la confianza que tenía con el acusado.

Aprovechando tal circunstancia el procesado Damaso , guiado por el deseo de satisfacer su apetito sexual agarró a Nicolasa llevándola a su habitación y tras tumbarla en la cama le introdujo su pene en la vagina, eyaculando en su interior.

TERCERO.- Por último se declara también probado que como consecuencia de estos hechos Nicolasa presenta sentimientos de tristeza, fuertes sentimientos ambivalentes sobre el denunciado, alto y generalizado sentimiento de desconfianza social, sensación de inutilidad, sentimiento de vergüenza, traducido en incomodidad cuando la gente la mira, sentirse cohibida y distante de los demás, sin sensación de intimidad con nadie, lo que se traduce en el progresivo aislamiento social y en un estado depresivo que precisa tratamiento psicológico".

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



"LA SALA RESUELVE.- Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Damaso , como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181,1 y 4, a la pena de SIETE AÑOS y UN DÍA DE PRISIÓN, con la prohibición de aproximarse a Nicolasa a su domicilio y en su caso a su lugar de trabajo a una distancia inferior a 500 metros, así como comunicarse con la misma por cualquier medio directa o indirectamente, por espacio de ocho años y un día, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Damaso , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual de los artículos 181. i y 5 y 74 a la pena de VEINTIÚN MESES y QUINCE DÍAS DE MULTA con una cuota diaria de diez euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas.

Cumplida la pena el condenado quedará sometido a la medida de libertad vigilada consistente en la prohibición de acudir a parques infantiles y comunicarse con Nicolasa , ambas por espacio de cinco años, así como la obligación de someterse a cursos de educación sexual.

Todo ello con la imposición de las costas devengadas.

Damaso indemnizará a Nicolasa en la cantidad de 40.000 euros, con aplicación de los intereses previstos en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Abónesele al penado el tiempo que hubiera permanecido en prisión provisional por esta causa".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por el condenado que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

"1. Por infracción de Ley, al amparo del Art 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del Art 181.1 y 4 y Art. 181.1 y 5 del CP: Vulneración del principio no bis in idem.

2. Por infracción de Ley, al amparo del Art 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del Art 181.1 y 4 del CP.

3. Por infracción de Ley, al amparo del Art 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del 181.1 y 5 del CP.

4. - Por infracción de Ley, al amparo del Art 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, por aplicar indebidamente el Art 74.

5. - Por infracción de Ley, al amparo del Art 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del Art. 21. 6 CP.

6. - Por infracción de Ley, al amparo del Art 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. (Art 181.1 y 4 y 181.1 y 5 del CP).

7. Por infracción de precepto Constitucional del Art 852 LECrim en relación con el Art 5.4 LOPJ, al amparo del Art 24.2 CE en relación con la presunción de inocencia, relativo a los delitos de abuso sexual (Art 181.1 y 4 y 181.1 y 5 del CP).

8. Por infracción de precepto Constitucional, Art 852 LECrim en relación con el Art 5.4 LOPJ, al amparo del Art 24.2 CE en relación en derecho a no confesarse culpable.

9. Por infracción de precepto Constitucional, Art 852 LECrim en relación con el Art 5.4 LOPJ, al amparo del Art 18.1 y 3 CE.

10. Por infracción de precepto Constitucional, Art 852 LECrim en relación con el Art 5.4 LOPJ, al amparo del Art 24.1 CE en relación con la tutela judicial efectiva y en relación con el Derecho de defensa.

11. Por infracción de precepto Constitucional, Art 852 LECrim en relación con el Art 5.4 LOPJ, al amparo del Art 24.1 CE relación con la tutela judicial efectiva en su vertiente del principio acusatorio".

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 9 de febrero de 2021.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- En la medida que han sido invocados, con ocasión del recurso, motivos que, de estimarse, pudieran afectar al relato de hechos tal como vienen dados en la sentencia de instancia, con la eventual consecuencia de poder afectar al juicio de subsunción, comenzaremos por estos, por razones de sistemática, aunque sea a costa de no respetar el orden procedimental del art. 849 y ss. LECrim.

PRIMERO.- El sexto motivo se articula "por infracción de Ley, al amparo del Art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. (Art. 181.1 y 4 y 181.1 y 5 del CP)".

Establece el art. 849 LECrim que, a los efectos del recurso de casación por infracción de ley, se entiende infringida esta: "2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", de manera que, vista la redacción del precepto, es esta una vía de recurso, que, como se deriva de su texto, solo permite corregir errores fácticos, no jurídicos, de la sentencia de instancia, que, además, ha de resultar de un documento que conlleve una alteración en el hecho probado, que, por lo tanto, ha de ser relevante para alterar el pronunciamiento final del juicio, y siempre teniendo en cuenta que nuestro proceso penal no reconoce preferencia alguna a la prueba documental sobre ninguna otra, ni testifical, ni pericial, ni otra prueba documental, lo que le deja un muy estrecho margen de juego, y que, desde luego, no permite una íntegra revaloración de la prueba practicada en la instancia.

Pues bien, aunque el motivo se haya enunciado de la manera que se ha enunciado, es una queja sobre la valoración que, de toda la prueba, realiza el tribunal sentenciador, tratando de que sea sustituida por la que se hace en el recurso, en el cual, invocando como prueba documental las declaraciones documentales de la menor durante instrucción, pretende corregir las conclusiones que extrae de ella el tribunal *a quo*, porque considera que entre lo manifestado en juicio y lo declarado en instrucción hay divergencias en la versión de los hechos que considera esenciales, con lo que, planteado el motivo así, está abocado al fracaso, porque, como tiene reiteradamente proclamado una constante jurisprudencia, las declaraciones testificales, por más que vengan recogidas en cualquier documento, son pruebas personales.

En este sentido, la STS 121/2016, de 22 de febrero de 2016, decía que quedan fuera del concepto de prueba documental "las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, tampoco tiene carácter documental a los efectos de este cauce casacional el soporte audiovisual en el que se haya podido grabar el acta del juicio o cualesquiera declaraciones testificales o de imputados, ni tampoco las fotografías, pues su contenido depende del lugar desde donde se toman, la luz del día, la calidad de la foto o el color, circunstancias que solo pueden ser valoradas por el Tribunal de instancia, que están en relación a ello en situación distinta por la intermediación de que dispuso y de la que carece esta Sala Casacional".

Al margen lo anterior, es cierto, como se resalta en el motivo de recurso, que hay distintos pasajes de la sentencia recurrida en que se hace mención a distintas versiones en las declaraciones de la menor, pero no se tienen en cuenta sus contradicciones porque, según se puede leer en su fundamento quinto, "no han sido puestas de manifiesto en el acto del juicio"; y se dice algo más, en este caso en el fundamento segundo, cuando se está valorando la intensidad de los actos violentos que padeció, para descartar que fueran de la suficiente gravedad como para calificar los hechos como delito de agresión sexual y derivarlos al menos grave de abuso sexual, en que se descarta "acudir a la declaración sumarial por no haber sido introducida en el procedimiento".

No es, además, fácil comprender este motivo de recurso, cuando, si en algo parece haber tenido incidencia la no valoración de lo declarado en instrucción, ha sido para favorecer al acusado; de hecho, así se dice en el mismo fundamento de derecho quinto, que esa variación [se refiere a la habida en juicio respecto de lo declarado en instrucción], "como ya hemos resaltado beneficia al acusado".

En todo caso, hemos de hacer nuestra la consideración que hace el tribunal *a quo*, para no ser tenido en cuenta lo declarado en instrucción, que es que no se introdujo en juicio, cuya introducción en dicho acto debiera haber corrido de cuenta de la parte que hubiera tenido interés en ello.

El motivo, por tanto, se desestima.

SEGUNDO.- Décimo motivo: "por infracción de precepto Constitucional, Art 852 LECrim. en relación con el Art. 5.4 LOPJ, al amparo del Art. 24.1 CE en relación con la tutela judicial efectiva y en relación con el Derecho de defensa".

Su desarrollo se limita a seis líneas, porque es íntimamente conexo con el motivo sexto, invocándose indefensión por no haber sido tomada en consideración la exploración de la menor en fase sumarial.



Nos remitimos, por tanto, a lo argumentado en el razonamiento anterior para la desestimación, e incidir en que el mismo se tiene en cuenta que ha habido variaciones en el testimonio de la víctima, y se indica que el no haberlas valorado beneficia al acusado, razón por la que decíamos que no es fácil entender la queja formulada en este motivo, que, al igual que el que le precede, ha de ser rechazado.

TERCERO.- Octavo motivo: "por infracción de precepto constitucional, Art 852 LECrim, en relación con el Art 5.4 LOPJ, al amparo del Art 24.2 CE en relación con el derecho a no confesarse culpable".

En su desarrollo, se mantiene tal vulneración por la utilización, como elemento de prueba, de la grabación realizada por la madre de la menor, de la que se vale el tribunal para reconocimiento, al menos en parte, de los hechos, que se pone en relación con el derecho a no confesarse culpable. Se esgrime, en concreto, que "se trata de una GRABACIÓN OCULTA gravemente lesiva de derechos fundamentales entre ellos el de defensa, que desconoce el derecho a no confesarse culpable".

En nuestra STS 440/2017, de 19 de junio de 2017, se aborda la validez de los reportajes o conversaciones grabados con cámara oculta, entre quien graba y el otro interlocutor que ignora la grabación, cuya doctrina resume de la siguiente manera:

"La STS 1552/2003 declaró que la grabación de la propia conversación mantenida con otro interlocutor que lo desconoce, no supone una vulneración del art. 18 - 31 de la Constitución, porque dicho artículo protege la privacidad de las declaraciones frente a intromisiones de terceras personas ajenas al proceso de comunicación, citándose al respecto las SSTS 1235/2002; 694/2003, así como la STC 70/2002.

Más recientemente, la misma doctrina se encuentra en la STS 682/2011, con cita de otras anteriores, que reitera que la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas, no ataca ni el derecho a la intimidad, ni al secreto de las comunicaciones, lo que se reitera en la STS 298/2013, que afirma que puede ser valorado o en la 45/2014".

Es abundante la jurisprudencia, tanto constitucional, como de esta Sala Segunda, que se ha ocupado de cuestiones relativas a la validez de comunicaciones, entre toda ella marca el rumbo algo que ya encontramos en la STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, en la que se decía que "quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado".

A partir de esta referencia, se puede decir que, cuando el interlocutor de una conversación que mantiene con otro decide despojarse del secreto que ampara ese mensaje, el secreto deja de ser tal, y, por lo tanto, no hay derecho fundamental que proteger, por lo que no cabrá hablar de violación constitucional.

Como decimos, hay una abundante jurisprudencia en la materia, ya hemos tomado la cita de la STS 440/2017, y también se trata en la STS 116/2017, de 23 de febrero de 2017, en la que, tras el repaso que hace por la jurisprudencia nacional e internacional, acaba admitiendo la validez probatoria de información obtenida por particulares en situaciones como la que aquí nos ocupa, con el siguiente razonamiento:

"Pues bien, la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. Esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior". Esta Sentencia cita la 793/2013, en la que Sala hizo valer la regla de exclusión porque entendió que "...no pueden solucionarse con arreglo a las mismas pautas valorativas los casos en los que esa grabación se ofrece por los agentes de policía que han asumido la investigación de un hecho delictivo y aquellos en que son los particulares quienes obtienen la grabación. Y tratándose de particulares, aconsejan un tratamiento jurídico distinto las imágenes que hayan podido grabarse mediante cámara oculta por un periodista para respaldar un programa televisivo, por una víctima para obtener pruebas con las que advenir una denuncia



o por una entidad bancaria como medida disuasoria frente a robos violentos. Tampoco puede dispensarse un tratamiento unitario al caso de una grabación que se realice con simultaneidad al momento en el que se está ejecutando el delito, frente a aquellos otros en los que se busca información sobre acciones delictivas ya cometidas o planeadas para el futuro".

En resumen, no cabe cuestionar la constitucionalidad de la grabación realizada por un particular, como en el caso fue la madre de la víctima, por cuanto que carece de conexión instrumental con actuaciones investigatorias, como son las llevadas a cabo por autoridades con la finalidad de que surtan efectos en un proceso, que es en el contexto que tiene su juego el art. 11 LOPJ, y porque, por otra parte, no cabe ponerle reproche que pueda suponer quiebra o menoscabo alguno de algún derecho fundamental.

Procede, por tanto, la desestimación del octavo de los motivos de recurso, como también el noveno, que se invoca por infracción de igual precepto constitucional y se renuncia a su argumentación por la íntima conexión que guarda con el anterior.

CUARTO.- Undécimo motivo: "por infracción de precepto constitucional, Art 852 LECrim en relación con el Art. 5.4 LOPJ, al amparo del Art. 24.1 CE en relación con la tutela judicial efectiva en su vertiente del principio acusatorio".

Tampoco resulta fácil entender la razón por la que se articula este motivo de recurso, si tenemos en cuenta que el contenido esencial del principio acusatorio encuentra su sentido en el derecho de defensa, cuando no se explica en el motivo qué tipo indefensión se ha ocasionado por haberse emitido una condena más favorable, pues, como se explica en el propio pasaje de la sentencia que se transcribe en el motivo, la circunstancia de no haber podido concretar con exactitud las fechas en que el escrito de acusación situaba los hechos, ha permitido derivar una parte de ellos al delito de abuso sexual continuado y considerar otro de ellos como uno de abuso sexual con penetración distinto del anterior, evitando, así, un único título de imputación, por un delito de abuso sexual continuado, que hubiera supuesto una pena única por un solo delito, pero más grave que al haber sido penado, como se hizo en sentencia, por un lado el delito de abuso sexual continuado, por el que se impuso una pena de multa de 21 meses y 15 días, y, por otro, el de abuso sexual con penetración, desconectado de la continuidad delictiva, por el que impuso la de siete años y un día de prisión. Un único delito de abuso sexual continuado con penetración vaginal y prevalimiento hubiera conllevado una pena no inferior a ocho años y seis meses de prisión.

Al margen de lo anterior, puesto que la acusación inicial era por un delito de agresión sexual con penetración, comenzaremos por hacer nuestras las consideraciones de la sentencia de instancia para explicar la homogeneidad entre ese delito y los que condena, a lo que podemos añadir lo que dice la STS 271/2019, de 29 de mayo de 2019, en cuyo fundamento de derecho cuarto se puede leer lo siguiente:

"Las alegaciones de este motivo se centran fundamentalmente en el hecho de que se acusó inicialmente de agresión sexual y, sin embargo, la sentencia condena por abuso sexual.

Sin embargo, ambos tipos penales se encuentran en el mismo título del Código Penal y coinciden en el bien jurídico protegido, diferenciándose en que en uno de ellos, el de agresión sexual, la voluntad contraria de la víctima es superada con violencia e intimidación y en el otro caso mediante el prevalimiento de una situación de superioridad".

En definitiva, no estando en duda la homogeneidad entre estos dos delitos y habiendo resultado más beneficiado penalmente el condenado con la diversificación que se hace en la sentencia de instancia, al sancionar por un lado unos abusos sexuales continuados y por otro un abuso sexual con penetración que se ha extraído de la continuidad delictiva, no hay quiebra del principio acusatorio, por lo que tampoco este motivo de recurso ha de ser atendido.

QUINTO.- Primer motivo de recurso: "Por infracción de Ley, al amparo del Art. 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del Art. 181.1 y 4 y Art. 181.1 y 5 del CP: por vulneración del principio *nem bis in idem*".

1. Como presupuesto metodológico de arranque, conviene recordar que, tratándose del motivo que se invoca, y como base para abordar su análisis, hemos de partir del escrupuloso respeto al hecho probado, sin posibilidad de apartarnos del juicio histórico de la sentencia de instancia, más cuando hemos rechazado en fundamentos precedentes alegadas vulneraciones de derechos constitucionales o pretendidos errores en la valoración de la prueba.

2. En el discurso con que se desarrolla el motivo, se dice que se impugna el fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia, porque entiende que, para condenar por la pena agravada con que se condena al acusado, se están valorando dos veces las mismas circunstancias (la edad de la víctima y su relación con el



acusado), con evidente vulneración del referido principio. Luego, en su desarrollo, se van haciendo una serie de consideraciones para convencer de que se ha operado así, incurriéndose, por lo tanto, en un *bis in idem*.

Consideramos, sin embargo, que la mejor manera de dar respuesta a este motivo de recurso es comenzando por detenernos en el octavo fundamento de derecho de la sentencia de instancia, dedicado a la individualización de la pena, y siempre teniendo en cuenta que se condena por dos delitos distintos, cuya calificación se concreta en el segundo fundamento: uno es un delito continuado de abuso sexual de los artículos 181.1 y 5 CP y 74 CP; y otro de abuso sexual con penetración del artículo 181. 4 y 5 CP, según redacción por LO 5/2010.

A la hora de individualizar la pena, en lo concerniente al delito de abuso sexual, en ese fundamento octavo se explica que el art. 181.1 CP "establece pena de prisión o multa, en este caso en su mitad superior por el prevalimiento" (omite, por tanto, cualquier referencia a la edad o a relaciones entre víctima y acusado), y esa pena "en su mitad superior por la continuidad delictiva", que, a su vez, aplica en su franja inferior, porque tiene en cuenta la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, optando por la pena de multa y no por la de prisión, en atención a una serie de factores que menciona, fijándola en veintidós meses y quince días. Está claro, pues, que no se duplica ninguna circunstancia a la hora de establecer la pena para este delito, sino que, simplemente, se parte del tipo básico, del apdo. 1 del art. 181, para pasar al subtipo agravado del apdo. 5, y que, de las remisiones que hace al apdo. 1 del art. 180, solo toma su circunstancia 4ª, esto es, la de prevalimiento y se olvida de otras relacionadas con la edad, enfermedad o discapacidad o cualquier otra de las que se refiere la 3ª. No hay, por tanto, *bis in idem* en la condena por el delito de abuso sexual continuado. Incluso, hay un error en el cálculo de la multa, que debió fijarse, no en veintidós meses y quince días, sino en veintidós meses y quince días, que no corregiremos en evitación de incurrir en una *reformatio in peius*.

Y en lo relativo al delito de abuso sexual con penetración, partiendo del apdo. 4 del art. 181, debido a que existe acceso carnal, que contempla una pena entre cuatro y diez años de prisión, ha de volver al apdo. 5, porque solo concurre la circunstancia de prevalimiento, y ninguna otra, lo que lleva a la mitad superior, que fija en siete años y un día, al concurrir igual circunstancia atenuante.

Hechas las anteriores consideraciones de estricta técnica procesal, y, por lo tanto, determinantes a la hora de individualizar la pena, no significa que neguemos las referencias a la edad de la víctima (13 años) y su diferencia con la del condenado (58 años), ni tampoco la relación cuasi familiar con él, al ser pareja sentimental de la madre de aquella; pero ha sido a otros fines distintos a los punitivos, sino que, como dice el M.F. en su escrito de impugnación del recurso, es a los efectos de explicar la situación de notorio desnivel entre una y otro, determinantes, única y exclusivamente, para la apreciación de la sola circunstancia de prevalimiento, siguiendo de esta manera una línea marcada por la jurisprudencia.

En nuestra STS 205/2019, de 12 de abril de 2019, se estudiaban distintos supuestos en que una relación de superioridad podía dar lugar a una situación de prevalimiento, por referencia a casos en que se puede considerar notoria y eficaz, apreciada desde un punto de vista, no subjetivo, sino objetivo. Decíamos como sigue:

"La Jurisprudencia ha considerado la existencia de esa superioridad en casos de escaso coeficiente intelectual de la víctima (STS núm. 456/2000, de 21 de marzo) cuando el profesor se aprovecha de su situación sobre el alumno, tratándose el acusado de un profesor maduro que se aprovechaba de su condición docente y de la temprana edad de su discípulo, de quince años, para abusar sexualmente del mismo, coartando con su autoridad la libertad del menor, con lo que se produjo un consentimiento viciado por el abuso de superioridad (STS núm. 223/2000, de 21 de febrero), o cuando existe una situación equiparable a la familiar. También la jurisprudencia incluye en el tipo penal casos de desproporción entre la edad del sujeto activo y pasivo, aunque el dato cronológico no puede operar de forma automática sino solo en la medida en que contribuya efectivamente a colocar a una persona en una de situación de desequilibrio respecto de otra, en lo que se refiere a la capacidad de autodeterminarse sobre el uso del propio cuerpo en relaciones de contenido sexual (STS núm. 379/2002, de 6 de marzo). Se aprecia prevalimiento cuando, además de la diferencia de edad, la víctima presenta un defecto de madurez o de la capacidad para determinar con plena libertad el uso del propio cuerpo en la concreta relación sexual y dicha circunstancia es conocida y aprovechada por el mayor de edad para obtener el consentimiento del menor a la relación sexual".

Vemos, pues, que el caso que nos ocupa cumple con los anteriores parámetros, dada la importante diferencia de edad entre la víctima y su agresor, y esa relación cuasi familiar, equiparable a la familiar que menciona el pasaje transcrito, por más que, en el momento en que tiene lugar algún concreto acto, como el que ha servido para integrar el segundo delito, el de abuso sexual con penetración, la relación de pareja entre el condenado y la madre de la menor estuviera rota, porque, aun dándose tal circunstancia no elimina la ascendencia de aquel sobre su víctima, que es donde ha de ponerse la clave del prevalimiento.



Así ha de considerarse, a la vista del respeto que debemos a los hechos probados, tal como recordábamos al inicio de este fundamento de derecho, en que, por un lado, en el primero de ellos, donde se precisan los dos actos del acusado que sirven de soporte al delito continuado de abusos sexuales, se dice que los realiza "valiéndose de la especial relación de confianza que mantenía con la menor", lo que es generadora de una relación de superioridad característica de ese prevalimiento que luego aplica.

Por otra parte, en el segundo hecho probado, base del delito de abuso sexual con penetración, aunque lo sitúa una vez rota la relación de pareja entre el acusado y la madre de la menor y que ya no convivían en el mismo domicilio, explica que la noche en que ocurrió la penetración vaginal es porque se quedó a dormir en el del procesado "habida cuenta la confianza que tenía con el acusado", indicativo de que esa confianza que venía de tiempo atrás se seguía manteniendo, pese a haber cesado la relación de pareja entre él y madre de la menor; y así lo explica en tribunal a quo, en el párrafo final del fundamento de derecho tercero de su sentencia, cuando dice que "no podemos obviar que la penetración se verificó al poco tiempo de romperse la relación [...], por lo que cabría pensar que la relación de afinidad podría subsistir", conclusión que consideramos razonable, más si la ponemos en relación con esa asunción de "rol de padre" del que se habla en el mismo fundamento; y lo que sucede es que, ante la posibilidad de que se entendiera tal conclusión como una presunción en contra del acusado, como así se hace en el recurso, acude a dos datos objetivos más, que abonan esa superioridad que caracteriza en prevalimiento, como es la muy notable diferencia de edad entre los 13 años de la menor y los 58 del acusado, y la dependencia económica que seguía teniendo de este.

Y terminamos el presente fundamento, reiterando algo que decíamos antes: que no negamos esas referencias a la edad y a la relación de la víctima con el acusado, sino que, como acabamos de exponer, la sentencia de instancia las utiliza, no como dos elementos de agravación de la pena, sino en apoyo de un único prevalimiento, que es lo que permite acudir al subtipo agravado, sin excederse de las penas previstas para cada uno de los delitos por los que acaba condenando.

Procede, por lo tanto, la desestimación de este motivo de recurso.

SEXTO.- Motivos segundo y tercero, articulado ambos "por infracción de Ley, al amparo del Art 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del Art. 181.1 y 5 del CP".

Enunciados los dos motivos de igual manera, contienen una misma queja, una por cada uno de los delitos por los que se ha pronunciado sentencia de condena en la instancia, al haberse apreciado en ambos la agravación por prevalimiento, de manera que, habiéndose expuesto en el fundamento jurídico anterior las razones por las que consideramos correcta su aplicación, nos remitimos a lo dicho en él, y solo haremos hincapié en una consideración que decíamos más arriba, que, por sí sola, impide le estimación de estos dos motivos de recurso, cuando nos referíamos a los supuestos en que la relación de superioridad característica del prevalimiento se puede considerar notoria y eficaz objetivamente, de plena aplicación al caso, porque no acabamos de concebir que no nos encontremos en tal caso en una relación sexual de una niña de 13 años y un adulto de 58, con el que, además, le unía una relación de cuasi afinidad.

SÉPTIMO.- Motivo séptimo: "por infracción de precepto Constitucional del Art 852 LECrim en relación con el 5.4 LOPJ, al amparo del Art 24.2 CE en relación con la presunción de inocencia, relativo a los delitos de abuso sexual (Art 181.1 y 5 del CP)".

No obstante su enunciado, en realidad se trata de un motivo por *error iuris*, como resulta del párrafo con que inicia su desarrollo, donde dice que "entiende la recurrente que el juzgador a quo realiza una aplicación indebida del artículo 181.1 y 5 del C.P. en relación a la menor por realizarle unos tocamientos fugaces en los pechos dado que dicho acto se debe encuadrar en unas vejaciones. Citamos en apoyo de esta postura la STS 691/2015 y la STS de 8 de noviembre de 2018".

La queja hay que ponerla en relación con el delito de abuso sexual continuado, y se citan antecedentes jurisprudenciales en que se venía a considerar como falta de vejaciones leves determinados hechos de menor entidad, como besos o tocamientos efectuados de forma rápida y fugaz en los senos, genitales o glúteos, debate en el que no hemos de entrar, porque aparece zanjado en la más reciente jurisprudencia.

A tal efecto, comenzaremos por citar la STS 396/2018, de 26 de julio de 2018, dictada en recurso de casación por interés casacional, en que se aborda la problemática para diferenciar la antigua falta de vejación injusta, del derogado art. 620.2 CP, y el delito de abuso sexual, en los siguientes términos:

"De conformidad con la Jurisprudencia de esta Sala -STS 345/2018, de 11 de julio, con cita de otras- el tipo penal del abuso sexual se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo, de contacto corporal, puede ser ejecutado



directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto. De otra parte, el subjetivo o tendencial que se incorpora a la sentencia con la expresión del ánimo, o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.

Pues bien en el caso de autos, los hechos probados se limitan a declarar que el acusado, al intentar coger las llaves, rozó momentáneamente a la recurrente en la zona del pecho y de la cintura; lo que es insuficiente, como hemos dicho, para aplicar el tipo de abuso sexual pretendido por la parte recurrente. Para fundamentar una condena por este último delito, esta Sala tendría que "completar" o "desarrollar" el factum de la sentencia recurrida, valorando elementos o bien expuestos en los fundamentos de derecho de la resolución recurrida o bien derivados de la prueba practicada. Solo así podría inferir con la claridad necesaria, por un lado, la naturaleza sexual del comportamiento del recurrente y, por otro, y fundamentalmente, la concurrencia del requisito subjetivo o tendencial al que también hemos hecho referencia con anterioridad; algo que, de acuerdo con la jurisprudencia citada y dada la naturaleza extraordinaria de este recurso de casación, está vedado en esta instancia para revocar un pronunciamiento absolutorio como el de autos".

Como puede apreciarse, se coloca en el elemento tendencial del agente la clave para la diferenciar una conducta de otra, cuestión que trata la STS 331/2019, de 27 de junio de 2019, la cual, en relación con los referidos tocamientos fugaces, y cita de la anterior sentencia, dice lo siguiente:

"Pues bien, con respecto al alegato del recurrente de que no todo acto de tocamiento conlleva la aplicación de la figura del abuso sexual, y en el caso que nos ocupa estamos ante rozamientos escasamente invasivos, y de los que la propia víctima no se percató hay que recordar que esta Sala ha señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 396/2018 de 26 Jul. 2018, Rec. 2194/2017 que:

"La naturaleza sexual de la acción del recurrente y el ánimo tendencial de la misma, el hecho, aun cuando hubiera sido momentáneo, sería subsumible en el delito de abuso sexual del artículo 181 CP y no en el delito leve de coacciones castigado en el artículo 172.3 CP.

La sentencia de esta Sala a la que alude la recurrente en su recurso y que podría apoyar esta última calificación, se enmarca en una línea jurisprudencial que ha de considerarse superada en el siguiente sentido.

Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena".

En el mismo sentido jurisprudencia posterior, como la más reciente STS 524/2020, de 16 de octubre de 2020, que, con cita de la 331/2019, vuelve a incidir en que los tocamientos fugaces o momentáneos caben en el tipo delictivo de abusos sexuales, en atención a las circunstancias del caso, como en el que nos ocupa sucede.

La sentencia de instancia resuelve bien el problema, en base la jurisprudencia que menciona, entre ella nuestra STS 396/2018, explicando la procedencia de acudir al delito del art. 181.1 CP, debido al "evidente y marcado contenido sexual" de los tocamientos del acusado, consideración que hacemos nuestra, visto el ánimo tendencial que se recoge en los hechos probados, tanto respecto del primero, en que se relata que el beso en la mejilla y el tocamiento que hizo el acusado sobre la menor, fue "animado por el deseo de satisfacerse sexualmente", como del segundo, en que se reitera que el acusado, una semana después, "con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales tocó de nuevo los pechos de la menor".

En consecuencia, concretado el ánimo tendencial sexual del acusado, el presente motivo de recurso no ha de ser atendido.

OCTAVO.- Cuarto motivo: "por infracción de Ley, al amparo del Art 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, por aplicar indebidamente el Art 74".

Se cuestiona en el motivo la aplicación de la continuidad delictiva en el delito de abuso sexual, motivo que deberíamos rechazar, coincidiendo con la respuesta dada por el M.F. en su escrito de impugnación el recurso, en la idea de evitar una *reformatio in peius*, porque, visto lo que hasta el momento hemos razonado, de romper la continuidad delictiva en el delito de abuso sexual, dado que no cabe prescindir de ese ánimo tendencial sexual al que acabamos de referirnos, nos debería llevar a una condena por dos delitos, que, aunque se impusiese la pena de multa en su mínima extensión, sería de dieciocho meses por cada uno, en total treinta y seis meses, evidentemente, superior a los veintiuno y quince días con que viene la condena desde la instancia.

Junto a la anterior, también por razones de fondo procede desestimar este motivo de recurso, pues no compartimos el argumento en que se basa, que consiste en que, para que exista la continuidad delictiva,



se precisa una secuencia ininterrumpida de actos, que no considera que se den, porque, en primer lugar, debería partirse de una concreta y precisa situación temporal de los hechos, y sucede que estos no están temporalmente situados y no se puede inferir su real cercanía entre ellos. Solo se describen dos aisladas ocasiones separadas por una semana.

Y decimos que no compartimos el planteamiento, porque la cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia, de la que tomaremos una cita de la STS 171/2018, de 11 de abril de 2018, que la resuelve como sigue:

"Debe hacerse notar en este punto que ante las alegaciones que suelen hacerse en estos casos de abusos sexuales a menores de edad relativas a la "falta de definición concreta" de las fechas de los hechos objeto de acusación esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 210/2014, de 14 de marzo (Recurso 1737/2013), dispone que: "En su evolución jurisprudencial esta Sala ha consolidado una doctrina muy reiterada en esta materia, fruto de un profundo análisis de una realidad criminológica sometida de forma muy frecuente a nuestra consideración, que garantiza el principio de seguridad jurídica, la proporcionalidad en el tratamiento punitivo de estas conductas y la punición del conjunto de la actividad delictiva realizada, y que no parece razonable alterar, máxime cuando la aplicación de la ley penal está absolutamente necesitada de un máximo de estabilidad y de seguridad jurídica. Esta doctrina (STS 964/2013, de 17 de diciembre, ente las más recientes, y entre muchas otras), considera aplicable el delito continuado en supuestos de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo, (SSTS 11 de octubre y 26 de diciembre de 1996 ; de 15 de marzo de 1996 , 30 de julio de 1996 , 8 de julio de 1997 y 12 de enero , 16 de febrero , 22 de abril y 6 de octubre de 1998 , 9 de junio de 2000 y STS núm. 1002/2001, de 30 de mayo , STS 964/2013, de 17 de diciembre), situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo (STS núm. 1730/2001, de 2 de octubre)".

La anterior doctrina cubre con creces los presupuestos para acudir al delito continuado, habida cuenta que, en el caso que nos ocupa, contamos, además, con dos fechas que han sido concretadas, separadas tan solo por dos semanas, en que la menor padece los ataques bajo la misma presión debido a la superioridad de su agresor y su ascendencia sobre ella, quien actúa con un mismo dolo o unidad de propósito, aprovechándose de similares ocasiones.

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo de recurso.

NOVENO.- Motivo quinto: "por infracción de Ley, al amparo del Art. 849.1 LECrim, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, por indebida aplicación del Art. 21.6 CP".

En la medida que poco más que lo alegado en la instancia para interesar como muy cualificada la atenuante de dilaciones indebidas se alega en este motivo de recurso, nos remitimos a lo que se expone en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia recurrida, donde se explican las razones para apreciarla como simple y no cualificada, que hacemos nuestras, porque las compartimos.

Partiendo de la base de que se suele tomar como criterio general, a partir del cual entrar a valorar si cabe apreciar como muy cualificada dicha atenuante, uno temporal de ocho años, hemos de recordar que el art. 21.6ª CP, para aplicar la referida circunstancia como simple, se refiere ella como extraordinaria e indebida, por lo que, para su apreciación como muy cualificada, se precisa de algo más, por eso la jurisprudencia, en relación con ella habla de dilación superextraordinaria o hiperextraordinaria, y en el recurso no se indica qué circunstancias han podido mediar que permitan una exasperación en tal sentido.

Procede, por lo tanto, la desestimación de este motivo de recurso.

DÉCIMO.- A tenor de lo dispuesto en el art. 901 LECrim., como consecuencia de la desestimación del recurso, procede imponer las costas del mismo al recurrente.

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Damaso** contra la Sentencia dictada con fecha 11 de diciembre de 2018, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en Rollo Procedimiento Sumario 65/2016, que se confirma, con imposición de las costas del presente recurso al recurrente.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián D. Leopoldo Puente Segura

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ