

Roj: **STS 3610/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3610**Id Cendoj: **28079120012013100555**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/05/2013**Nº de Recurso: **732/2012**Nº de Resolución: **542/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil trece.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por las representaciones legales del **procesado Hipolito y de DOÑA Belinda**, contra Sentencia de fecha 2 de diciembre de 2011 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictada en el Rollo de Sala núm. 19/2008 dimanante del Sumario núm. 2/2006 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de La Laguna, seguido por delitos de abuso sexual y contra la salud pública contra mencionados recurrentes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados por: Hipolito por la Procuradora de los Tribunales Doña Inmaculada Guzmán Altuna y defendido por el Letrado D. Carlos Carretero Benito e Belinda por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina Herguedas Pastor y defendida por el Letrado D. Pedro Mauro González Díaz.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de La Laguna instruyó Sumario núm. 2/2006 por delitos de agresión sexual y contra la salud pública contra **Hipolito**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que con fecha 2 de diciembre de 2011 dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Declaramos probado que en fechas próximas a las Fiestas de San Matías del año 2001, comenzaron a visitar la vivienda de Hipolito, nacido el NUM000 de 1933, mayor de edad y sin antecedentes penales, las niñas Belinda, nacida el NUM001 de 1987 y Pura, nacida el NUM002 de 1987, a las que Hipolito regalaba ropa y daba dinero como medio para conseguir así satisfacer sus deseos lúbricos y presidido por el ánimo de satisfacer su propia lascivia, consiguiendo así que dichas menores se dejaran tocar sus partes genitales, y que se dejaran hacer cunnilingus, encontrándose el consentimiento de las menores viciado e inducido por los regalos de ropa, las pequeñas cantidades de dinero que les entregaba, de lo que se aprovechaba conscientemente el procesado.

En dichas fechas acudía esporádicamente al domicilio de Hipolito, el también procesado Alonso con DNI núm. NUM003, mayor de edad y sin antecedentes penales, no habiéndose acreditado que suministrara cocaína y haschís al procesado Hipolito, ni se ha acreditado que Hipolito facilitara cocaína ni haschís ni bebidas alcohólicas a las menores Belinda, Pura y Gabriela.

Entre los años 1998 y 2001 acudía al domicilio de Hipolito Raimunda, nacida el NUM004 de 1983, la que fue contratada para realizar la limpieza de la vivienda tres veces por semana, percibiendo un salario. En esa época Hipolito y la madre de Raimunda, mantuvieron una relación sentimental. No se ha acreditado que Hipolito realizara el acto sexual con Raimunda ni que le facilitara drogas ni bebidas alcohólicas.

En esa época acudían también al domicilio de Hipolito, Carina, la que acompañaba a su tía Lorena y a una amiga de ésta Julia, donde cenaban y jugaban a las cartas.

Cuando Carina tenía 18 años tuvo relaciones sexuales consentidas con Hipolito . No se ha acreditado que Hipolito facilitara drogas a Carina .

Practicada entrada y registro en el domicilio de Hipolito no se intervino ninguna sustancia estupefaciente."

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

"Que debemos condenar y condenamos a Hipolito como autor penalmente responsable de dos delitos de abuso sexual del art. 181.1 del C penal , con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, a las penas de seis meses de prisión, por cada uno de ellos, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a que indemnice a Pura y a Belinda en al suma de mil euros a cada una de ellas y al pago de dos sextas partes de las costas procesales.

Debemos absolver y absolvemos a Hipolito de los dos delitos de abuso sexual de los art. 181 y 182. 1 del C. penal del que venía acusado por el Ministerio Fiscal declarando dos sextas partes de las costas procesales de oficio.

Debemos absolver y absolvemos a Hipolito del delito contra la salud pública del que venía acusado por el Ministerio Fiscal y Acusación particular, declarando una sexta parte de las costas procesales de oficio.

Para el cumplimiento de las penas les abonamos al procesado Hipolito todo el tiempo que ha estado privado de libertad por ésta causa."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales del **procesado Hipolito y de DOÑA Belinda** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado Hipolito , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del mismo art. 851.1 de la LECrim ., cuando en la sentencia, que se recurre, se consignan como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo.

2º.- Por infracción de Ley al haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas, incurriéndose en vulneración del principio de presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 de la CE . Este motivo viene limitado a la finalidad de la ropa y dinero que entregaba a Pura e Belinda aunque también lo hacía a otras menores.

3º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por aplicación indebida del art. 181.1 y 3 de l C . penal al aplicar el preevalimiento al abuso sexual, cuando fue totalmente consentido por las menores.

El recurso de casación formulado por la representación legal de DOÑA Belinda , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por aplicación indebida del art. 66.1.1 del C. penal y de los arts. 110.3 y 113 del C. penal .

2º.- Por error de hecho en la práctica de la prueba, al amparo del art. 849.2 de la LECrim .

QUINTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** de los recursos interpuestos estimó procedente su decisión sin celebración de vista y solicitó la inadmisión del mismo y subsidiaria desestimación, por las razones expuestas en su informe; 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 celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 9 de mayo de 2013. sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, absolvió a Hipolito de diversos delitos de contenido sexual de los que fue acusado en la instancia, y le condenó como autor de dos delitos de abuso sexual tipificados en los arts. 181.1 y 3 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación el aludido



acusado en la instancia, y también la representación procesal de la perjudicada Belinda , recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Recurso de Belinda .

SEGUNDO.- Como señala el Ministerio Fiscal, antes de nada conviene analizar su legitimación para interponer, preparar y formalizar este recurso de casación, toda vez que, como se lee en la sentencia recurrida, con respecto a los hechos enjuiciados relativos a las menores Pura e Belinda , únicamente aparece como personada en la causa como acusación particular la primera, y no así esta recurrente.

De cualquier forma, examinado el rollo de sala de la Audiencia Provincial, podemos comprobar que consta una personación de una procuradora de los tribunales, designada de oficio se dice en el sumario de procedencia, y que habiendo sido notificada la sentencia dictada en estas actuaciones a la perjudicada Belinda , prepara recurso de casación en los términos dispuestos en tal escrito, recayendo Auto de fecha 27 de marzo de 2012, en donde tras expresar que la resolución judicial dictada fue debidamente notificada, se relata la presentación de sendos escritos de preparación de este recurso de casación, tanto por el condenado en la instancia, como por tal perjudicada, impugnaciones que se expone que se encuentran dentro de plazo, y que ambos recurrentes solicitan que se les nombre abogado y procurador de turno de oficio en Madrid. La Sala sentenciadora de instancia tiene por preparados ambos recursos, y ordena la expedición de testimonios y la remisión de la causa a este Tribunal Supremo, así como emplaza a las partes para que comparezcan ante esta Sala Casacional para formalizar el recurso de casación.

Estimamos que la parte ahora recurrente no tiene legitimación para recurrir en casación, en tanto que, al no estar personada en la instancia, ni asistir en tal concepto de parte perjudicada al juicio oral, no pudo realizar petición alguna, de manera que no existe para ella gravamen, en el sentido de desajuste entre lo pedido y lo concedido.

Es verdad que, como dice el Ministerio Fiscal, la posición de las víctimas ha quedado ampliamente reforzada en la nueva configuración legal del art. 785.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al punto de que la víctima tiene que ser informada por escrito de la fecha y lugar del juicio, y ello aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir. Y que el art. 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , impone la notificación de la sentencia por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, igualmente aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Pero tales normas procesales no han derogado el art. 854 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que concede legitimación para interponer el recurso de casación, exclusivamente al Ministerio Fiscal, a los que hayan sido parte en los juicios criminales, y los que sin haberlo sido resulten *condenados* en la sentencia y los herederos de unos y otros. En ninguna de tales situaciones procesales se encuentra Belinda , ni se considera exclusivamente actora civil ni se ha personado en modo alguno en tal concepto.

Ello nos conduce al análisis del art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en donde se establece la posibilidad de personación de los perjudicados en el proceso penal, destacándose que lo han de hacer "antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan o solamente unas u otras, según les conviniera, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones".

Las resoluciones de este Tribunal Supremo que han tratado sobre el particular, nunca han admitido la legitimación posterior a la celebración del juicio oral, para formular peticiones antes esta Sala Casacional sin haber previamente procedido a realizar tal postura procesal al finalizar el juicio oral, tomando postura al respecto, para que el Tribunal «a quo» pudiera, o no, satisfacer sus intereses procesales.

La STS 1140/2005, de 3 octubre , con cita de la 170/2005, de 18 de febrero , declaró que sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, no hay obstáculo para que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación «apud acta» incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas. En todos estos casos sin perjudicar el derecho de defensa con acusaciones sorpresivas o que se aparten del contenido estricto del proceso. Y que, en cualquier caso, la defensa podrá solicitar el aplazamiento de la sesión previsto en el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , cuya aplicación se hará por analogía cuando las conclusiones se presenten al principio de las sesiones y no sean homogéneas con las del resto de las acusaciones.

No es, pues, éste el mismo caso que ahora resolvemos, ya que aquí no se produjo personación alguna durante el juicio oral, ni se presentaron conclusiones definitivas.

La STS 170/2005, de 18 febrero , antes citada, trata de un supuesto en que el perjudicado prestó su declaración al comienzo del proceso y se le ofrece la posibilidad de mostrarse parte, a lo que indudablemente puede



renunciar; fue informado de sus derechos desde el comienzo de las actuaciones con mención expresa a que la renuncia debería formularse de manera inequívoca, y lo que aquí más importa: la personación se realizó, casi dos años después, cuando ya se había cumplido el trámite de apertura del juicio oral, admitiéndole por la Sala sentenciadora de instancia "como presente y coadyuvante del Ministerio Fiscal". De nuevo aquí se repite que es posible, sin retroceder en el procedimiento, que no puede paralizarse ni interrumpirse por dejación del ejercicio de derechos por la víctima, y no hay obstáculo alguno, que si comparece en el juicio oral, acompañado de su abogado, se permita su personación «apud acta» incorporándose al juicio con plenitud de derechos y con posibilidad de presentar conclusiones, si las lleva preparadas, adherirse a las del Ministerio Fiscal o a las de otras acusaciones y cumplir el trámite de conclusiones definitivas.

Tampoco éste es el supuesto de la ahora recurrente.

Finalmente, la STS 1281/2004, de 10 noviembre, recordando que el art. 110 LECrim . permite a los perjudicados mostrarse parte en el procedimiento «si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito», añadiendo después «sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones», permite a un perjudicado que se personara después de la calificación del Ministerio Fiscal, siempre que temporalmente se haga antes de que el órgano judicial haya acordado algo que constituya ya un avance en el procedimiento de modo que tenerlo por parte llevara consigo la necesidad de volver atrás en el procedimiento. Este retroceso es lo que prohíbe esta norma procesal. Cuando tal personación se hace en ese período intermedio entre la calificación del Ministerio Fiscal y la resolución impulsando el procedimiento hacia delante, que es lo sucedido en el caso presente, hay que estimar bien tramitadas las actuaciones.

De nuevo, el supuesto es diferente al ahora enjuiciado, y tampoco se trata de una condena a un ausente, del que trata el art. 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Tampoco es propiamente el mismo caso del art. 973.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por tratarse en este último supuesto de un juicio de faltas.

Desde la perspectiva constitucional a la seguridad jurídica, incluida la llamada doctrina de los actos propios de un órgano público, tampoco es posible la extensión pretendida.

De manera que no puede serle concedida legitimación para recurrir la Sentencia dictada en casación, sencillamente porque en la instancia no postuló ninguna solicitud de pena ni de responsabilidad civil, sino que fue el Ministerio Fiscal quien lo hizo por ella, y tal Ministerio Público no ha recurrido la resolución judicial dictada en la instancia, sin que pueda ella, en consecuencia, impugnarla por su cuenta.

En cualquier caso, Belinda formaliza dos motivos. El primero por infracción del ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del art. 66.1.2 del Código Penal , y en una segunda parte de este reproche casacional se cuestiona la cuantificación de la responsabilidad civil (art. 110.3 y 113 del Código Penal). Y el segundo motivo esa misma rebaja de dos grados de la pena, pero desde la perspectiva del "error facti", sin la invocación de documento alguno literosuficiente.

De esas dos peticiones, por la primera, como hemos dicho, se siente perjudicada por la rebaja en dos grados de la pena al autor, consecuencia de la estimación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, y también por la reducción de la indemnización por daños morales que el Ministerio Fiscal solicitó en su nombre. Ambos motivos no pueden prosperar, al haber sido formalizados por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . La facultad de rebajar un segundo grado es consecuencia de la estimación de una atenuante muy cualificada, que en este caso estaba justificada porque los hechos enjuiciados habían sucedido en 2011, y habían pasado más de 10 años hasta que se dictó sentencia, lo que es conforme con nuestra jurisprudencia, correspondiendo la individualización al Tribunal sentenciador. Y en cuanto a la indemnización por daños morales, no puede entenderse tampoco ni insignificante ni desmesurada, y se encuentra dentro de los parámetros que fueron pedidos por el Ministerio Fiscal, no habiendo éste recurrido tal resolución judicial, por lo que la cifra concedida no puede tildarse de arbitraria.

El recurso no puede prosperar.

Recurso de Hipólito .

TERCERO.- El primer motivo se articula al amparo de lo autorizado en el art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denunciando el vicio sentencial de predeterminación del fallo, al haberse consignado en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida expresiones tales como "les regalaba ropas y dinero como medio para conseguir satisfacer sus deseos lúbricos... consiguiendo así que las menores se dejaran tocar las partes genitales y practicar cunnilingus, viciando su consentimiento por los regalos y dinero, de los que se aprovechaba conscientemente".



La predeterminación del fallo precisa, pues, la utilización de expresiones técnicamente jurídicas y con situación causal respecto al fallo, o sea, cuando la descripción del hecho se reemplaza por su significación. En un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues si en los mismos se describe una conducta subsumible en un tipo penal, la consecuencia lógica se infiere, aunque se describa en la parte dispositiva o fallo de la sentencia, pero no es éste el sentido, sino que se produce exclusivamente por la utilización en el «factum» de expresiones técnicamente jurídicas que definan y den nombre a la esencia del tipo aplicable y aplicado, expresiones ajenas al lenguaje común, con un valor causalista del fallo; o sea predeterminación eficaz y causal, por lo que si suprimidos tales anómalos conceptos jurídicos incrustados en el relato no dejan el hecho histórico sin base alguna, el vicio procesal no existe -cfr. Tribunal Supremo Sentencia 27 septiembre y 17 diciembre de 1996 , 19 de febrero y 15 , 17 y 24 abril de 1997 -.

La narración expuesta por la Audiencia se encuentra en el lenguaje común y desde luego no es la utilizada por los tipos penales aplicados, razón por la cual el motivo no puede prosperar.

CUARTO.- El segundo motivo denuncia la vulneración de la presunción constitucional de inocencia, siendo así que el Tribunal sentenciador ha tomado en consideración el testimonio conteste de ambas menores en la fecha de ocurrencia de los hechos, habiendo concedido la Sala sentenciadora de instancia plena credibilidad a sus afirmaciones fácticas.

Esta Sala (entre otras, sentencias de 21 de septiembre de 2000 y de 5 de mayo de 2003) viene declarando de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (Sentencias de 5 de marzo , 25 de abril , 5 y 11 de mayo de 1994 , entre otras muchas). Declaración cuya valoración corresponde al Tribunal juzgador que la presencié dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad, que como señala la Sentencia de 19 de febrero de 2000 , son:

A) Ausencia de incredulidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes:

a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994).

B) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992 ; 11 de octubre de 1995 ; 17 de abril y 13 de mayo de 1996 ; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim .), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996 , el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

C) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone:



a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones» (Sentencia de 18 de junio de 1998).

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Debe recordarse en todo caso que no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba sino de criterios o parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que esos factores de razonabilidad valorativos representan.

En el caso enjuiciado, se trataba de dos menores que ofrecieron la misma versión ante el Tribunal sentenciador y cuyas declaraciones fueron corroboradas por los regalos y ropa nueva que traían tras estar en casa del recurrente, como así lo pusieron de manifiesto las madres de las menores en el plenario, teniendo en cuenta también la grandísima diferencia de edad, lo que será objeto de análisis en el siguiente motivo.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

QUINTO.- En el tercer motivo, formalizado por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se censura la aplicación del art. 181.3 del Código Penal , es decir, la constatación de la existencia de una situación de prevalimiento, que ha de consistir en aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

El referido prevalimiento debe entenderse como cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo de la que el primero no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Se distingue de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en que en éste el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual, de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad *manifiesta* a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal , es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual.

En nuestra Sentencia 568/2006, de 19 de mayo, se dice que, como ha señalado la doctrina de esta Sala, el Código Penal de 1995 ha configurado de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, sustituyendo la expresión del Código Penal de 1973 «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» por la actual de «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente («manifiesta»), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también sea «eficaz», es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una *manifiesta situación de inferioridad* que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

Como hemos dicho en nuestra STS 305/2013, de 12 de abril , los requisitos legales que el texto establece son los siguientes:



1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta.

2º) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y

3º) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS 1518/2001, de 14 de septiembre). En esta dirección la STS 1015/2003 de 11 de julio , recuerda que los delitos de abusos sexuales definidos y castigados en los arts. 181 y 182 atentan contra la libertad sexual, no porque el sujeto pasivo sea violentado o intimidado, sino porque, o bien no tiene capacidad o madurez para prestar consentimiento a que otro disponga sexualmente de su cuerpo, o bien el consentimiento que presta ha sido viciado intencionalmente por el sujeto activo que se prevale de una situación de superioridad manifiesta. En este segundo tipo del delito, de menor gravedad que el primero, no existe ausencia sino déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha. La definición legal de este tipo de abusos sexuales no exige, para su integración, que la víctima vea su libertad sexual anulada sino que la tenga simplemente limitada o restringida.

En efecto, el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo.

Ahora bien, el abuso sexual con prevalimiento ya no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, pero es claro que la edad de la víctima puede determinar la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento, pues cuanto menor sea dicha edad, es decir, más joven sea la víctima, menos capacidad de libre discernimiento tiene la persona afectada, sobre todo en franjas de edad, como aquí es el caso, ligeramente por encima de los trece años de edad, en donde la libertad de autodeterminación sexual es discretamente discernible cuando la persona que tiene enfrente, en los términos que después se analizarán, cuenta con 41 años de edad.

Es por ello que lo que verdaderamente importa es que el prevalimiento sea idóneo, en el sentido de que evite a la víctima actuar según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá, lógicamente, del caso concreto, pues no basta examinar únicamente las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción, y es preciso que exista una situación que de algún modo presione a la víctima (es decir, una situación de superioridad privilegiada) que pueda considerarse suficiente para debilitar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. En cualquier caso, no es preciso que sea irresistible, ya que no estamos en presencia de una agresión sexual, y en tal sentido no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta el punto de poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea *idónea* según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante esa situación de prevalimiento.

Desde otro punto de vista, la situación de prevalimiento, tanto puede ser (más o menos) permanente como episódica, en ese sentido, ciertamente la situación de privilegio o superioridad derivada de una relación de parentesco, laboral, social, etc. puede sugerir una cierta permanencia, pero la definición de prevalimiento, en el sentido de que ha de consistir en aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, en absoluto requiere legalmente tal permanencia, lo que permite que sea puntual o episódica. Y de las situaciones que pueden producir tal prevalimiento, la diferencia de edad, sin duda alguna, es una de las posibles, y por cierto, con una gran significación en tal desvalor en la conducta de este tipo de actos sexuales.

Descendiendo a las consideraciones concretas del caso enjuiciado, no puede olvidarse que no estamos en presencia de un delito de agresión sexual, sino de un delito de abuso sexual, es decir, que el consentimiento de las menores fue viciado por la situación creada en el momento de ocurrir los hechos, teniendo en cuenta la gran diferencia de edad (70 años el acusado y 14 años las niñas) que permite suponer sobradamente un vicio en el consentimiento, que se produce con la entrega de regalos y dinero. El acusado, como dice el Tribunal sentenciador -que podía ser el abuelo de las víctimas- aprovechando la situación de inferioridad de las mismas, con un desarrollo de su personalidad incipiente -apenas 14 años de edad-, y de la penuria económica de su familia, para acceder a los regalos y el dinero ofrecido, viciaron su consentimiento de manera indudable.



Desde esta perspectiva el motivo no puede prosperar, pero como señala el Ministerio Fiscal, ha de rebajarse en un día la penalidad impuesta, pues como razona tal Ministerio Público en esta instancia casacional, al regular el art. 70 del Código Penal la rebaja en grado, señala que el límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa, según la naturaleza de la pena a imponer. En su virtud, la pena básica alternativa del art. 181.1 en relación con el art. 181.3 del Código Penal, por la que optó el Tribunal desechando la pena de multa, es de 1 a 3 años de prisión, por lo que rebajada en un grado, discurre entre 6 meses a 1 año menos 1 día, siendo la inferior la de 3 meses a 6 meses menos 1 día, y al ser impuesta en 6 meses, se produjo una infracción de ley, que aquí ha de ser corregida en tal día exclusivamente.

Así, el recurso será estimado desde tal vertiente impugnativa.

Costas procesales.

SEXTO.- No se imponen a ninguna de las partes, declarándolas de oficio. Las de Hipolito por la estimación parcial de su recurso, aun a instancias de lo alegado por el Ministerio Fiscal (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y con respecto a Belinda, por haber sido permitido incorrectamente por la Audiencia la interposición de este recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR, por estimación parcial**, al recurso de casación interpuesto por la representación legal del **procesado Hipolito**, contra Sentencia de fecha 2 de diciembre de 2011 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Asimismo declaramos **la FALTA DE LEGITIMACION PROCESAL** para recurrir en casación de **Belinda**. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil trece.

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de La Laguna instruyó Sumario núm. 2/2006 por delitos de agresión sexual y contra la salud pública contra Hipolito, nacido el NUM000 de 1933, con DNI núm. NUM005, mayor de edad y sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que con fecha 2 de diciembre de 2011 dictó Sentencia, la cual fue recurrida en casación por la representación legal del procesado Hipolito y por la representación legal de Doña Belinda, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO. - Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Conforme a lo argumentado en nuestra anterior Sentencia Casacional debemos condenar a Hipolito como autor criminalmente responsable de dos delitos de abuso sexual con prevalimiento (art. 181.1 y 3 del



Código Penal), en los propios términos dispuestos en la sentencia recurrida pero a la pena, a cada uno de ellos, de cinco meses y veintinueve días de prisión, manteniendo los demás extremos del fallo de instancia en su propios términos.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Hipolito como autor criminalmente responsable de dos delitos de abuso sexual con prevalimiento, ya definidos, en los propios términos dispuestos en la sentencia recurrida pero a la pena, a cada uno de ellos, de cinco meses y veintinueve días de prisión, manteniendo los demás extremos del fallo de instancia, incluida la responsabilidad civil y costas procesales.

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

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ