

Roj: **STS 2074/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2074**Id Cendoj: **28079120012015100277**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/05/2015**Nº de Recurso: **2164/2014**Nº de Resolución: **291/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP H 991/2014,**  
**STS 2074/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Mario**, contra Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2014, de la Sección Tercera, de la Audiencia Provincial de Huelva, dictada en el Rollo de Sala núm. 16/14 dimanante del Sumario núm. 2147/11, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Huelva, seguido contra **Secundino**, por delito de abusos sexuales; 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. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo parte como recurrente **Mario** representado por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Mónica de la Paloma Fente Delgado y defendido por el Letrado D. Manuel Rivas González.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción de Huelva nº 2 incoó Procedimiento Abreviado Nº 2147/11, contra **Secundino**, por abusos sexuales y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Tercera, que con fecha 18 de septiembre de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

" **HECHOS PROBADOS** : El acusado **Secundino**, nacido el NUM000 de 1963 y con antecedentes penales no computables por delito de estafa, convivía con su pareja sentimental **Maite** el 7 de Agosto de 2011 en el piso NUM001 del num. NUM002 de la CALLE000, y que constituía el domicilio familiar en Punta Umbría, junto con la hija de ésta, **Vicenta**, entonces de 8 años de edad, siendo su padre **Mario**, residente en Huelva. Desde hacía siete años **Secundino** y **Maite** venían manteniendo relación de pareja con convivencia en diversos domicilios de Huelva y Punta Umbría.

Ese día, 7 de Agosto de 2011, sobre las 16 horas, **Secundino** aprovechó que la madre **Maite** se encontraba durmiendo la siesta en la habitación, para abordar a la pequeña **Vicenta**, con la que no mantenía buena relación en general, y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, tumbarla con él sobre el sofá del salón de la vivienda, y en tanto le tapaba la boca para que no gritase, con la mano la masturbaba presionando con el dedo sus genitales con movimientos circulares, además de pasarle la lengua sobre las bragas y llevar la mano de la niña a su pene.

Al despertar y dirigirse al salón de la casa, **Maite** pudo ver como se encontraban tumbados en el sofá, teniendo **Secundino** una mano colocada entre las piernas de la menor, entre sus genitales y glúteos. Y ante el relato que en el dormitorio su hija le hizo de lo sucedido en el salón, **Maite** decidió acudir a denunciar los hechos.



No puede acreditarse que con anterioridad ocurriesen episodios de esta naturaleza, por los que el acusado hubiese exhibido películas de contenido pornográfico a la menor o de alguna forma la hiciese objeto de tocamientos o actos de contenido sexual.

La menor de edad Vicenta aún necesita tratamiento o ayuda psicoterapéutica de largo plazo por estos hechos, padeciendo un trastorno de personalidad.

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLAMOS** : En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido **ABSOLVIÉNDOLO** del delito continuado de abuso sexual con prevalimiento y del delito de provocación sexual por los que viene

acusado, **CONDENAR** a **Secundino** como autor responsable de un delito de abuso sexual, sin penetración, a menor de trece años de edad, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de **PRISION** de **DOS AÑOS** e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, con prohibición de aproximarse a la menor perjudicada Vicenta , o comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento durante cinco años, medida de libertad vigilada durante dos años, pago de la mitad de las costas incluyendo las de la acusación particular, declarando de oficio la otra mitad, y que la indemnice en la cantidad de cinco mil euros, mas intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de esta sentencia.

Termínese conforme a derecho la pieza de responsabilidad civil del acusado, con los requerimientos de pago y embargo que procedan, en su caso. Y notifíquese a las partes, con expresión de recursos.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de Mario , 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.

**CUARTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó su recurso, alegando los motivos siguientes:

- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas de igual contenido que deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, dados los hechos que se declaran probados en Sentencia, la inaplicación del apartado 4.d de este artículo, 183.1 , es decir la circunstancia de prevalimiento.

- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Tribunal, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, infracción de ley por inaplicación del delito como continuado del artículo 74 del Código Penal e inaplicación del artículo 186 del Código Penal , el delito de provocación sexual.

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Realizado el señalamiento para Fallo, se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 13 de mayo de 2015.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La acusación particular alega dos motivos, el primero de los cuales lo residencia en el art. 849.1º LECrm. por considerar inaplicada al caso la cualificación de prevalimiento., prevista en el art. 183.4.d) del C.P .

1. El recurrente estima que el relato probatorio contiene todos los ingredientes para apreciar la cualificación, al concurrir en el hecho circunstancias tan decisivas como las siguientes:

a) Se trata de una menor de 8 años, a la que el acusado rebasa en 40 años (al cometer los hechos aquél tenía 48 años).

b) Conviven de forma estable formando un grupo familiar desde hace 7 años, es decir, casi toda la vida de la menor. Conviven, por tanto, en el domicilio familiar.

c) El acusado es la pareja sentimental de la madre de la víctima, esto es, padrastro de hecho de la menor.

Dados los hechos probados no ofrece dudas que el acusado al ejecutar el delito se estaba valiendo de su posición preeminente, que le atribuye una superioridad, dada la diferencia de edad y el ascendiente respecto a la menor.



2. La sentencia considera que la superioridad y el prevalimiento como facilitación del delito debe asentarse en una relación de autoridad moral o familiar que produzca *respeto a la vez que confianza* de la víctima hacia el victimario. Añade que el acusado no tiene parentesco con la menor ni una especial relación familiar, o en otras palabras, como el factum relata, no mantenía el acusado buena relación con la menor.

No es imprescindible, como señala la sentencia, que el sujeto activo ostente una autoridad moral o familiar sobre la víctima, que provoque en la menor respeto y confianza, pues sin tales notas puede producirse una situación de abrumadora superioridad, que facilite sobremanera la ejecución de los actos libidinosos.

Aunque el acusado no mantuviera buenas relaciones con la niña, la posición familiar de facto, le atribuía un inevitable ascendiente.

La jurisprudencia de esta Sala ha venido definiendo el prevalimiento con las siguientes notas:

- 1) Situación de superioridad que ha de ser manifiesta.
- 2) Que tal situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima.
- 3) Que el sujeto agente consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de dicha situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual. ( S.T.S. 10/2012 de 15 de febrero y 80/2012 de 10 de febrero ).

3. La jurisprudencia de esta Sala ha reputado situación de superioridad o prevalimiento las hipótesis de ser padrastro de hecho de una menor, esto es, compañero sentimental de la madre en relación estable, ya que la posibilidad de rentabilizar esa prevalencia con el objetivo de satisfacer apetencias sexuales, implicaba un plus de antijuricidad que está en la base de la agravación que contempla el art. 181.3 C.P ., en nuestro caso la homónima cualificación del art. 183.4.d).

Así pues, como puntualiza el Mº Fiscal, que apoya el motivo, "sin perjuicio de que la relación del acusado con la menor fuera mejor o peor, lo cierto es que este último se aprovechó de las siguientes circunstancias:

- a) Diferencia de edad: (40 años).
- b) Convivencia familiar: pareja estable de la madre, lo que indefectiblemente le debía atribuir un claro predominio moral o influencia sobre la menor.
- c) Lugar de ejecución del delito: domicilio común.

Todo ello facilitó la realización de los hechos típicos consecuencia de la absoluta prevalencia del acusado sobre la menor y el temor reverencial que éste inspiraba frente a aquélla por la posición que ocupaba en el grupo familiar.

El motivo debe estimarse.

**SEGUNDO.-** Con sede procesal en el art. 849.2 LECrm., la parte recurrente denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. En efecto denuncia que el Tribunal ha sufrido error en la valoración de la prueba documental, ya que teniendo en cuenta el testimonio de la menor, corroborado por los informes médicos y periciales obrantes en la causa, procede condenar al acusado, además de por un delito único de abuso sexual, por ese delito como continuado y por un delito de provocación sexual. Al respecto designa los documentos siguientes:

- Informe médico forense de 8/03/2012 (f.25): se dice que se ha detectado la presencia de espermatozoides en las bragas de la menor.

- Informe del Servicio de Biología del Departamento de Sevilla del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de 10/07/2012 (f.40 a 50): se dice que se ha detectado la presencia de semen y de restos biológicos, que se corresponden con el perfil genético del acusado, en las muestras tomadas en las bragas y zona perineal de la menor.

- Informe psicológico elaborado por el Equipo EICAS (Equipo de investigación de casos de abuso sexual) de 12/04/2013 (f.135 a 153):se dice que el testimonio de la menor cumple los criterios suficientes para ser catalogado como compatible con una declaración basada en hechos reales y vividos, no presentando características propias de los relatos fantaseados, inventados o inducidos, siendo calificado como testimonio creíble.

2. El enfoque del motivo no se ajusta a los criterios jurisprudenciales o exigencias para la prosperabilidad de un motivo por error facti, que una vez más nos vemos obligados a recordar:

- A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.



B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. Sobre esta cuestión podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se entienden por tales aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma.

C) Que el documento en sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

D) Que el supuesto error patentizado por el documento no esté a su vez desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr .

E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el sumario o en el rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

F) Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del asunto, por lo que no cabe la estimación del motivo si este sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificarlo ( STS. 765/04 de 14 de junio ).

G) A los anteriores, ha de añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 L.E.Cr .- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso ( STS 3-4-02 ) pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la STS 332/04 de 11 de marzo , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del mismo que demuestren claramente la equivocación en la que se dice incurrió el Tribunal ( STS 465/2004 de 6 de abril y 1345/2005 de 14 de octubre ).

3. Respecto a las pruebas documentales, primera y segunda han servido para acreditar la existencia del delito y la autoría del acusado, pero de ellas, que el Tribunal los tuvo en cuenta y valoró adecuadamente, no se deriva que exista una continuidad delictiva o que se haya cometido el delito de provocación sexual.

Respecto a los dictámenes periciales, como bien apunta el Fiscal el perito es un simple auxiliar en el ejercicio de la función jurisdiccional y sus dictámenes no pueden desplazar la capacidad de decidir acerca de la concurrencia de los elementos del tipo o para proclamar o negar la autoría del acusado.

En suma, los dictámenes periciales, sobre la credibilidad de un testimonio, en este caso de una menor, simplemente expresan una opinión que por sí sola no puede desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Tribunal sentenciador no ha obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable.

En conclusión, los documentos invocados no son capaces de alterar el factum y el tribunal los tuvo en cuenta, pero en ningún caso, por sí solos, son suficientes para acreditar lo que el recurrente pretende.

El motivo debe rechazarse.

**TERCERO.-** La estimación del motivo primero, hace que las costas del recurso se declaren de oficio, de conformidad al art. 901 LECrm.

### III. FALLO

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el motivo primero y DESESTIMAMOS el segundo, casando y anulando la sentencia, dictando otra más conforme a derecho y todo ello sin hacer expresa imposición de costas y devolución del depósito si lo hubiere constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García **José Ramón Soriano Soriano** Francisco Monterde Ferrer Ana María Ferrer García Carlos Granados Pérez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de dos mil quince.



El Juzgado de Instrucción de Huelva nº 2 incoó Procedimiento Abreviado Nº 2147/11, contra Secundino , por abusos sexuales y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Tercera, que con fecha 18 de septiembre de 2014, dictó Sentencia , la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal de dicho acusado, 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

**ÚNICO.-** Se reproducen los hechos probados de la Sentencia recurrida.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los fundamentos jurídicos salvo en aquéllo que se oponga a esta Segunda Sentencia.

**SEGUNDO.-** La aplicación del art. 183.4.d) hace que la pena marco establecida en tal precepto que oscila entre 2 años y 6 años, se imponga en su mitad superior. Por tanto esta Sala estima que deberá imponerse en su mínima extensión de 4 años.

### III. FALLO

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al recurrente como autor de un delito consumado de abuso sexual, sin penetración, a menor de 13 años, con abuso de superioridad y sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal a la pena de 4 años de prisión, con las accesorias correspondientes.

Se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia, en cuanto no se opongan a la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer Ana María Ferrer García Carlos Granados Pérez

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