



Roj: **STS 3151/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3151**

Id Cendoj: **28079120012021100645**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2021**

Nº de Recurso: **10171/2021**

Nº de Resolución: **654/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 654/2021

Fecha de sentencia: 23/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: NUM004

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/07/2021

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: BDL

Nota: ATENCION: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN LA PREVIA OCULTACIÓN DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACIÓN (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NÚMERO DE RECURSO DEL T.S., NÚMERO DE RECURSOS DE ORIGEN, LUGAR DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS)

RECURSO CASACION (P) núm.: NUM004

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 654/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García



D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado **DON Roque**, contra Sentencia 15/2031, de 20 de enero de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimatoria del recurso de apelación (Rollo de apelación NUM005) formulado frente a la Sentencia 701/2019, de 10 de diciembre de 2019 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, aclarada por Auto de fecha 13 de diciembre de 2019, en el Rollo de Sala núm. 29/2019 dimanante del Sumario núm. 1350/2018 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de DIRECCION000 (Madrid), seguido por delito de abuso sexual contra mencionado recurrente. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para deliberar y fallar el presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal; el recurrente DON Roque, representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Alicia Hernández Villa y defendido por la Letrada Doña María Elena Fletes de la Cal; y como recurrida Doña Serafina representada por el Procurador de los Tribunales Don José Carlos Romero García y defendida por el Letrado Don Eduardo González Ramírez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de DIRECCION000 (Madrid), instruyó Sumario núm. 1350/2018 por delito de abuso sexual contra **DON Roque** y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 10 de diciembre de 2019 dictó Sentencia núm. 701/2019, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"En el mes de octubre de 2018, la menor Serafina, nacida el día NUM000 de 2005, así como su hermana melliza María Milagros, pasaban los fines de semana en el inmueble sito en la C/ DIRECCION001 n° NUM001, de DIRECCION000, el cual constituía el domicilio de Ángeles quién residía en el mismo, además de con dos inquilinos, junto con su hija y su marido, esto es, el procesado Roque, mayor de edad y sin antecedentes penales, en situación administrativa regular en España y con arraigo al estar casado y con hijos.

Los días 4 y 7 de octubre y aprovechando momentos en que Serafina estaba realizando labores de limpieza de la casa, el procesado se le aproximó y le tocó los pechos, marchándose Serafina del lugar.

En la madrugada del día 8 de octubre de 2018 y cuando la menor fue al salón para recoger una prenda de ropa, el procesado Roque la abordó por detrás y tapándole la boca, la empujó sobre el sofá mientras le tocaba el pecho para, a continuación, bajarle la ropa, introducirle el pene en la vagina y eyacular, mientras le decía "tranquila no te va a doler" y "no le digas nada a nadie", tras lo cual la niña se marchó a su habitación.

El mismo día 8 de octubre y tras haberle contado lo sucedido a su madre, Serafina fue explorada en el Hospital Universitario de DIRECCION000 visualizando cérvix de nulípara con erosión superficial que no sangra al contacto, lesión de la que tardó en curar un día no impeditivo, sin necesidad de tratamiento médico".

La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos condenar y condenamos a Roque como autor responsable de un delito de abuso sexual con penetración a menor de 16 años ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; a la pena de prisión de diez años y un día, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto directo y regular con menores de edad, por tiempo de trece años, prohibición de aproximación a la menor, su domicilio o cualquier lugar que frecuente a menos de 500 metros y de comunicación con ella por cualquier medio, durante siete años; así como el pago de las costas procesales causadas, sin incluir las de la acusación particular y a que indemnice a la menor Serafina, en la persona de su madre con la suma de 6.000 €.

Se impone al acusado la medida de libertad vigilada por tiempo de siete años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Para el cumplimiento de las penas impuestas abónese al acusado tanto el tiempo que haya estado privado de libertad, como el de vigencia de la medida de alejamiento acordada en su día.



Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndolas saber que no es firme y que contra la misma se podrá interponer recurso de Apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de diez días siguientes al de su notificación, conforme a lo dispuesto en los arts. 846 ter, 790, 791 y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos".

Con fecha trece de diciembre de dos mil diecinueve la Audiencia dicta **Auto de aclaración** de la anterior resolución cuya **Parte Dispositiva** es a siguiente:

"Se rectifica el error padecido en la redacción de la Sentencia N° 701/2019, de fecha 10/12/2019 en el sentido que en el Fundamento Jurídico Tercero y en el Fallo de la Sentencia se ha consignado "...prohibición de aproximación a la menor, su domicilio o cualquier lugar que frecuente a menos de 500 metros y de comunicación con ella por cualquier medio, durante siete años..."debería de haberse consignado "...prohibición de aproximación a la menor, su domicilio o cualquier lugar que frecuente a menos de 500 metros y de comunicación con ella por cualquier medio, durante once años y un día".

Incorpórese esta resolución al libro de Sentencias y llévese testimonio a los autos principales.

MODO IMPUGNACIÓN:

Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados (artículo 267.8 LOPJ).

Los plazos para los recursos a que se refiere el anterior apartado se interrumpen, en su caso, por la solicitud y en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de este auto (auto 267.9 LOPJ)".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución la representación del acusado DON Roque interpuso **recurso de apelación** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Rollo de apelación 89/2020) que fue resuelto por Sentencia 15/2021, de 20 de enero de 2021, que en relación a los **Hechos Probados** dice:

"Se aceptan íntegramente los hechos declarados probados en la Sentencia apelada".

El **Fallo** de la Sentencia 15/2021, de 20 de enero de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es el siguiente:

"DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Roque , CONFIRMANDO la Sentencia n° 701/2019, de 10 de diciembre, que dicta la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid en el Procedimiento Sumario Ordinario n° 29/2019; sin especial imposición de las costas de este recurso que se declaran de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser interpuesto, dentro del plazo de cinco días, mediante escrito autorizado por un Abogado y suscrito por un Procurador".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del acusado **DON Roque** , 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 acusado DON Roque , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

PRIMER MOTIVO.- INFRACCIÓN DE LEY. Por vulneración de preceptos constitucionales al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. y/o el artículo 852 Ley Enjuiciamiento Criminal. Infracción de precepto constitucional: derecho a la presunción de inocencia, art. 24.1 y 2 CE.

SEGUNDO MOTIVO.- POR INFRACCIÓN DE LEY. Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 847.1. b) de la LECrim, por la infracción de precepto legal prevista en el número 1º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, al haberse aplicado indebidamente el artículo 183.1.3 y 4 del Código Penal, cuando corresponde la aplicación del 183.1 del mismo cuerpo legal.

QUINTO.- Es **recurrida** en la presente causa la **Acusación particular DOÑA Serafina** , que impugna el recurso por escrito de fecha 15 de abril de 2021.

SEXTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto, estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión a trámite del mismo y, subsidiariamente, la desestimación de su



único motivo, por las razones que se transcriben en su informe de fecha 16 de abril de 2021; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 23 de junio de 2021 se señaló el presente recurso par deliberación y fallo para el día 14 de julio de 2021; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmó en apelación la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid (sumario ordinario 29/19), por la que se condenaba a Roque , como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual con penetración a menor de 16 años, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de diez años y un día, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto directo y regular con menores de edad, por tiempo de trece años, prohibición de aproximación a la menor y de comunicación con ella por cualquier medio, durante once años y un día, costas e indemnización, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto la representación procesal de la defensa este recurso de casación, que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO .- En el primer motivo, se denuncia la vulneración de la presunción constitucional de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, por el cauce autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

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

El juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración que hizo el Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales. Tampoco a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración de aquel por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

TERCERO .- El recurrente insiste de nuevo en esta instancia casacional en reprochar el ejercicio valorativo que han llevado a cabo, tanto la Audiencia en primera instancia, como el Tribunal Superior de Justicia en el seno de su recurso de apelación, controlando las pruebas tomadas en consideración por el primer órgano judicial, y su discurso racional.

La parte recurrente discrepa de la hora de ocurrencia de los hechos, si fueron de madrugada, o a primera hora de la mañana, antes de ir la menor al colegio, cuando es lo cierto que el propio acusado, representado por su defensa, reconoce que el contacto existió, si bien, como argumento defensivo, dice que fue la propia menor (13 años) quien le provocó sexualmente, mientras éste veía una película (romántica, expone), al punto de que alega lo siguiente: "es cierto que mi representado reconoce tocamientos de sus genitales por la menor", y que no quiso continuar dada la edad de la misma.



El Tribunal sentenciador consideró que en el mes de octubre de 2018, la menor Serafina , nacida el día NUM000 de 2005, pasaba los fines de semana en casa de Ángeles (que es su tía) quien residía en el mismo, además de con dos inquilinos, junto con su hija y su marido, esto es, el procesado Roque .

Los días 4 y 7 de octubre y aprovechando momentos en que Serafina estaba realizando labores de limpieza de la casa, el procesado se le aproximó y le tocó los pechos, marchándose Serafina del lugar.

En la madrugada del día 8 de octubre de 2018 y cuando la menor fue al salón para recoger una prenda de ropa, el procesado Roque la abordó por detrás y tapándole la boca, la empujó sobre el sofá mientras le tocaba el pecho para, a continuación, bajarle la ropa, introducirle el pene en la vagina y eyacular, mientras le decía 'tranquila no te va a doler' y 'no le digas nada a nadie', tras lo cual la niña se marchó a su habitación.

El mismo día 8 de octubre y tras haberle contado lo sucedido a su madre, Serafina fue explorada en el Hospital Universitario de DIRECCION000 , visualizándose cérvix de nulípara con erosión superficial que no sangra al contacto, lesión de la que tardó en curar un día no impeditivo, sin necesidad de tratamiento médico.

Para llegar a esta conclusión probatoria, se tuvo en consideración la exploración de la menor y un conjunto de datos corroborativos que conformaron correctamente la convicción de los jueces "a quibus".

Con respecto a la declaración de la menor, la sentencia recurrida nos dice que fue mantenida en sus aspectos esenciales de manera continua, esto es, en el plenario, y previamente en la instrucción y ante los funcionarios policiales intervinientes y su propia madre, a saber: que en la madrugada del 8 de octubre "fue al salón a recoger una chaqueta, siendo abordada por el procesado que le tapó la boca, le tocó los pechos y la tiró sobre el sofá bajándole la ropa, la penetró, manifestando al ser preguntada sobre si eyaculó, que sintió algo pegajoso...". También recoge la Sentencia cómo la menor relata las expresiones que empleó Roque : "no te va a doler", "no digas nada", y el estado de shock que Serafina dijo haber padecido a resultas de lo anterior.

Resalta el Tribunal Superior de Justicia que la Sentencia de la Audiencia otorga "absoluta credibilidad a la declaración de la niña", y explica su convicción, no como un mero acto de voluntarismo, sino porque, amén de la persistencia expresada, no existe el menor indicio de incredulidad subjetiva de aquélla: ni por falta de capacidad para percibir y expresar lo acaecido, ni por ánimo espurio alguno: nada permite sospechar la preexistencia de una mala relación entre el condenado y Serafina , y además queda explicado el porqué de la revelación de la niña -al día siguiente de lo acaecido-, por mor de un hecho, no premeditado por la menor: el descubrimiento por la esposa de Roque , Ángeles , de unos pañuelos manchados de esperma en el sofá de su casa, quien lo comenta a su prima y madre de Serafina , haciéndole ver que sospechaba que su marido podía tener una relación con otra mujer. Este extremo es corroborado por el testimonio de referencia de los agentes del CNP NUM002 y NUM003 , si bien los pañuelos no pudieron ser incautados al haberlos tirado.

Convenientemente acreditado el hallazgo de los pañuelos con esperma, esto alertó a la madre de Serafina , que se lo contó a la niña al llegar del colegio. Es en este contexto cuando Serafina , narró a su madre lo acaecido en los términos exactos recogidos en los hechos probados.

A partir de ahí, los elementos que corroboran la declaración de la niña, son los siguientes:

a) La visualización en el examen ginecológico de Serafina , ratificado por los forenses en el acto del juicio, de cérvix de nulípara con erosión superficial, lo cual indica la existencia de un roce del cérvix con un elemento externo, lo que a su vez evidencia la introducción previa en la vagina del objeto causante de la erosión, pues el cérvix es la parte inferior del útero. La Sentencia de primera instancia, a la vez que repara en este hecho, no deja de considerar también el parecer de los peritos de que no pueden afirmar que la erosión fuera con el pene; asimismo repara en que los médicos manifestaron que el himen de la menor era dilatado o "complaciente": su integridad no permitía afirmar, pero tampoco excluir, la realidad de la penetración categóricamente aseverada por la menor.

b) El informe emitido por los psicólogos del CIASI, Da. Belen y D. Carlos Daniel (ff. 99 a 112) que catalogan su testimonio como 'probablemente creíble', "no porque existan dudas al respecto, sino porque la menor se presentó frágil y con un relato más breve, por lo que había menos criterios de valoración. No obstante, ratificando dicho informe, hicieron referencia a los criterios que estaban presentes en el testimonio de la niña, como estructura lógica, descripción de los hechos con expresión del lugar y de la forma de producción, así como de las acciones y reacciones entre procesado y víctima, aportación de detalles superfluos y descripción de los propios sentimientos y pensamientos durante el incidente. Y también aportaron otros datos que no se recogen en el informe, como que la menor decía 'ya no soy virgen, ahora todo el mundo me va a señalar' o que, cuando terminaron los hechos, se fue a lavar las manos porque se sentía sucia y pensaba si se lo decía a su tía" (Audiencia).

c) La aparición del pañuelo con semen, en los términos que ya hemos dejado expuestos con anterioridad.



También se valoran, para refutarlas en la instancia, las alegaciones de la defensa acerca de la falta de aparición de ADN del acusado en los genitales de la menor, pues explicado ya por referencia al informe médico-forense, el tipo de himen de Serafina, que permite la penetración sin rotura, la ausencia de ADN nada aporta, ya que la menor se lavó tras los hechos, como les refirió a los psicólogos (f. 106) y a su madre 'porque se sentía sucia'.

Por último, las discrepancias sobre la hora se refieren a un dato periférico, ya analizado con anterioridad, pues incluso se admite por el acusado el momento de contacto a solas en el salón de la casa, entre la niña y el procesado.

En definitiva, ha existido previamente un recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, que ha analizado con racionalidad todos los elementos probatorios. El análisis de este material probatorio ha sido verificado con racionalidad, más allá no se extiende nuestro control casacional cuando de la presunción constitucional de inocencia se trata. El intento de conseguir que esta Sala Casacional se convierta en una nueva instancia revisora de la valoración probatoria, está llamado al fracaso.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO .- En el segundo motivo casacional, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la aplicación indebida del art. 183, 1, 3 y 4 del Código Penal.

En realidad, el recurrente insiste de nuevo en los propios argumentos ya expuestos en el motivo primero, que son de rechazar con fundamento en nuestras consideraciones anteriores.

Ciertamente, aunque sin desarrollo alguno, alega el recurrente que el procesado "no se ha prevalido de una relación de superioridad tanto física como familiar, al ser la menor sobrina de su esposa".

En los hechos probados no consta el parentesco que une a la víctima con Ángeles, que es tía de la misma, pero ello se expresa en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, y es un hecho admitido por el recurrente, como acabamos de comprobar con la transcripción de su reproche casacional, que únicamente se reduce a lo expuesto.

En los hechos probados se lee lo siguiente: *"En el mes de octubre de 2018, la menor Serafina, nacida el día NUM000 de 2005, así como su hermana melliza María Milagros, pasaban los fines de semana en el inmueble sito en la C/ DIRECCION001 n° NUM001, de DIRECCION000, el cual constituía el domicilio de Ángeles quién residía en el mismo, además de con dos inquilinos, junto con su hija y su marido, esto es, el procesado Roque, mayor de edad y sin antecedentes penales, en situación administrativa regular en España y con arraigo al estar casado y con hijos"*

De tal aserto fáctico se deduce, sin duda alguna, el contexto en donde se producen estos hechos. De manera que el Tribunal Superior de Justicia razonó en la Sentencia de apelación que la relación de superioridad quedaba evidenciada *"al comprobar la ostensible diferencia entre las constituciones de aquel y de su víctima, sino también y esencialmente, de la relación de dependencia de Serafina respecto de él, puesto que Roque era el marido de su tía y ambos las acogían en su casa, como un acto de liberalidad, los fines de semana, a lo que tanto Serafina como su hermana debían estar agradecidas"*.

Tal parentesco resulta igualmente de la comparecencia en el juicio oral de la madre de Serafina, que es la persona de donde procede el parentesco de la tía de las menores, y esposa del acusado.

Del propio modo, en la fundamentación de la Sentencia de la Audiencia se toma en consideración que "la menor decía "ya no soy virgen, ahora todo el mundo me va a señalar" o que, cuando terminaron los hechos, se fue a lavar las manos porque se sentía sucia y pensaba si se **lo decía a su tía**".

Como hemos dicho, el propio recurrente reconoce en el primer motivo del recurso, que Ángeles era tía de Serafina, y ello cuando apunta a las supuestas contradicciones que cree encontrar entre las diversas declaraciones exploratorias de la menor, acerca de la hora en que ocurren tales acontecimientos.

También es el propio recurrente quien en el segundo motivo de su recurso, por estricta infracción de ley, al negar, en contra de los hechos probados, que llevara a cabo la acción enjuiciada en estas actuaciones, se expresa de este modo:

"Mi representado relata que convivía en el domicilio de calle DIRECCION001 núm. NUM001 de DIRECCION000 con su esposa, que estuvieron viviendo allí dos sobrinas de su esposa, el día 4 de octubre estaba en el domicilio cocinando y la chica se quedó con él ayudándole, pero no ocurrió nada, que el día 7 de octubre subió ella sola de la calle para decorar con las banderas de España el salón, que el día 8 dormía en el salón para no molestar a los demás, y es incierto que mantuviera relaciones sexuales con ella, ese día estuvo en un bar en DIRECCION000 viendo el fútbol y acompañó a un amigo a la estación, después subió a su casa y estuvo viendo una película en el salón, que escuchó a alguien por el pasillo y en un momento dado la niña se sentó en el sillón junto a él y le



tocó el pene, que el declarante la echó de allí sin que ocurriera nada más y seguidamente ella se marchó. No es cierto que el declarante le bajara las bragas a la niña aunque si es cierto que ella se las bajó".

Es decir, en todo momento, el parentesco de la víctima con su tía es admitido por el recurrente, quien se refiere a ella y a su hermana, como "dos sobrinas de su esposa".

Y desde el plano del motivo por estricta infracción de ley, el recurrente exclusivamente expone *sus dudas sobre los hechos probados*, que están fuera de lugar en un motivo como el que autoriza el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y buena prueba de ello es que el recurrente literalmente expone lo siguiente:

"Como ya hemos apuntado en el párrafo anterior existen dudas acerca de un ataque consistente en un ataque carnal por vía vaginal, y del prevalimiento del acusado".

Incluso reconoce el recurrente la realidad de los hechos y el consentimiento de la menor, pero al ser menor de 16 años, éste es indiferente a los efectos penales.

El art. 183.4 d) del Código Penal señala que las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: (...) d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

En el caso, ciertamente el recurrente no cubre el círculo de parientes que se diseña en el precepto, pero se ha considerado que le comprendía una relación de superioridad, que se ha deducido no solamente de la edad del acusado (33 años, frente a los 13 de la víctima), sino principalmente de su posición como marido de su tía, desarrollándose los hechos en la vivienda donde pasaban los fines de semana la menor y su hermana. En definitiva, se ha prevalido de esa situación, no solamente familiar, sino también de autoridad e incluso convivencial.

Del prevalimiento dijimos en la STS 187/2020, de 20 de mayo, que "tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003 de 18 de septiembre; 935/2005 de 15 de julio; 785/2007 de 3 de octubre; 708/2012 de 25 de septiembre; 957/2013 de 17 de diciembre; 834/2014 de 10 de diciembre; o 675/2016 de 22 de julio) que el prevalimiento no 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 las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual impuesta. De esta forma, la especial situación de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento".

En este caso, la tipicidad aplicada fluye con naturalidad del relato de hechos probados que nos vincula. Lo relevante para conformar esa ascendencia moral de la que emana la superioridad derivada del entorno familiar que, aunque más amplio que el de la estricta unidad familiar, se regía igualmente por los lazos de afecto y confianza.

En los hechos probados se relata lo siguiente: el acusado (...) "la abordó por detrás y tapándole la boca, la empujó sobre el sofá mientras le tocaba el pecho para, a continuación, bajarle la ropa, introducirle el pene en la vagina y eyacular, mientras le decía "tranquila no te va a doler" y "no le digas nada a nadie", tras lo cual la niña se marchó a su habitación".

La relación de superioridad del tío por afinidad surge, en consecuencia, no solamente derivada de la convivencia, sino de una situación de hecho de guardador los fines de semana, lo que le confiere una gran ascendencia sobre la menor (13 años), sin perjuicio, además, de que los hechos describen más bien una situación de fuerza que de consentimiento influenciado por tal relación de superioridad. En suma, la situación de convivencia, aunque limitada en el tiempo, configura una situación de superioridad, fuera del estricto parentesco.

Por lo demás, los hechos contienen apuntes de clara fuerza en su desarrollo comisivo, y no, desde luego, de consentimiento por parte de la menor, sobre los que no podemos entrar en contra del recurrente.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.



QUINTO .- Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a la parte recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado **DON Roque** , contra Sentencia 15/2031, de 20 de enero de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimatoria del recurso de apelación (Rollo de apelación NUM005) formulado frente a la Sentencia 701/2019, de 10 de diciembre de 2019 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid.

2º.- CONDENAR a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas por su recurso, en esta instancia casacional.

3º.- COMUNICAR la presente resolución al Tribunal Superior de Justicia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Angel Luis Hurtado Adrián

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACION Nº NUM004 (P).

I.

" *Dueño de sus silencios; esclavo de sus palabras*". La archicitada máxima aristotélica me encadena ahora a la opinión que he reflejado como ponente en varias sentencias y, muy recientemente, en un voto particular. No puedo desembarazarme de ese lastre: sigo convencido de la corrección de la tesis que reiteradamente he plasmado; tesis que, además, hoy por hoy, se me antoja más fiel a la doctrina jurisprudencial (que, de cualquier forma, dista de ser unánime). El justiciable tenía derecho a que la defendiese en la deliberación - aún consciente de que la composición de la Sala reproduce casi en su integridad la que alumbró el cercano precedente que cuenta con mi aludido voto discrepante (STS 541/2021, de 21 de junio)- y, una vez fracasado, a que dejase constancia escrita por coherencia y, también, para mantener vivo el debate interno y no dar por finiquitada la exégesis que ha venido inspirando la jurisprudencia mayoritaria. Seguiré defendiéndola, salvo que llegue a convertirse en abiertamente predominante la que ahora crítico. Compañero de esa disidencia es el máximo respeto; un respeto, en absoluto obligado, sino real y espontáneo, a la opinión de mis colegas y, singularmente, al ponente de quien siempre aprendo (y esta deliberación y la lectura del texto de la sentencia no constituyen una excepción). Pese a ello no debo eludir esta responsabilidad, aunque suponga abandonar la siempre recomendable discreción, asumiendo el atrevimiento de aflorar la discrepancia.

II.

La divergencia versa sobre la aplicación del subtipo agravado basado en el prevalimiento de una situación de superioridad (art. 183.4.d) CP), un tema apenas sugerido en el recurso, pero abordado con extensión en la sentencia.

Una sencilla deducción, en tres pasos, sintetiza mi pensamiento:

a) En todo delito del art. 183 CP concurre necesariamente un abuso de la superioridad determinada por la diferencia de edad. La víctima siempre es menor de dieciséis años y el autor siempre contará, al menos, con dieciocho años. La, seguramente excesiva, elevación de la edad del consentimiento sexual a estos efectos permite imaginar algún caso de agentes cercanos a los dieciocho años con víctima próxima a los dieciséis, lo que diluiría la superioridad. Lo más probable en esa hipótesis, empero, es que desaparezca la misma tipicidad (salvo lógicamente empleo de violencia física o moral) por virtud de la llamada cláusula *Romeo y Julieta* (art. 183 *quater*).

b) Por tanto, cuando el legislador prevé un incremento penológico fundado en una situación de superioridad (art. 183.4.e) necesariamente piensa en un *plus*; en algo añadido a la diferencia de edad que implique una superioridad adicional significativa, con entidad propia, y no construida ni sobre la diferencia de edad, ni



sobre la distinta constitución física (como insinúa, de forma poco acertada, la sentencia de instancia). Es más, cuando quiere fijar una edad por debajo de la cual debiera ser apreciable un tipo con idéntico efecto agravatorio establece la de cuatro años (art. 183.4.a) CP). No puede tratarse solo de superioridad física con algún componente de ascendiente moral que tiene todo adulto frente al menor de 16 años. Los adultos, en general, se sienten investidos de cierta autoridad sobre los menores, más allá de la relación que puedan tener con ellos, y con potestad -aceptada en general por quien es menor- para recriminarles (por ejemplo, ante alguna acción incívica o que pueda causar molestias). La superioridad (física y moral) ligada a la diferencia de edad es inherente al tipo.

c) Si el abuso de superioridad no puede basarse en la diferencia de edad (connatural al tipo) habrá que identificar circunstancias que, abstracción hecha de esa asimetría asociada al grado de madurez y desarrollo físico, comporten superioridad: cuidador/menor; maestro/discípulo; jefe/empleador; encargado/supervisado; profesor/alumno... Si, suprimida la edad, se desvanece cualquier otro atisbo de superioridad, no será aplicable la agravación. La *prueba del nueve* estribaría en situar en el puesto que ocupa la menor concreta a un adulto, incluso, si se quiere, a un joven. Si hecha esa mutación hipotética no podemos predicar de la relación una superioridad de uno frente al otro, es que estábamos fundando la agravación solo en la edad, solo en lo que ya es elemento del tipo básico. Habrá superioridad si el autor es el maestro, el profesor particular, el director de un colegio, el cuidador, quien ostenta potestad por algún tipo de jerarquía... No puede hablarse de superioridad basada exclusivamente en ser primo, pariente, conviviente, o marido de la tía (si fuesen un primo, conviviente, inquilino, o esposo de una tía, adultos, no habría superioridad). Eso mostraría que, en el fondo, inconscientemente, se está construyendo la agravante sobre la diferencia de edad, sobre lo que es ya inherente al tipo básico. Sutilmente se añade un componente que, por sí solo, abstracción hecha de la edad, no implica superioridad, aunque sí puede suponer una mayor facilidad para cometer la acción, lo que enlazaría más -no siempre- con la agravante de abuso de confianza.

Eso sucede aquí: en la vivienda los fines de semana eran acogidas las menores. El hecho probado no dice nada más sobre ese particular. No podemos suponer ni que el acusado asumiese un rol de jefe del hogar o de sustituto de los padres, o de guardador de hecho (que nos llevaría al art. 192 CP). El simple dato de la convivencia intermitente en una misma vivienda con una pluralidad de personas, no todos familiares (había otros inquilinos) no implica *per se* superioridad. Habría que añadir algo más descriptivo o específico. Como tampoco la implica ser esposo de la prima de la madre (los maridos de las primas de las madres no gozan de una situación de superioridad; sí, en cambio, los adultos respecto de los menores, sean o no maridos o mujeres de los primos de las madres).

Si idealmente prescindimos de la minoría de edad de la víctima no encontraremos suficientemente perfilado ningún *plus* adicional en el que anclar la superioridad, lo que viene a significar que al final lo decisivo es la edad, algo que ya está contemplado por el legislador al establecer la pena del delito base; o indirectamente, un parentesco por afinidad, en grado expresamente excluido en la ley; o una relación de convivencia que solo quedará asimilada a la agravación si prospera en sus propios términos el Proyecto de reforma de estos delitos pendiente de iniciar su andadura parlamentaria.

III.

Aunque conviven dos líneas no coincidentes en los precedentes de esta Sala -y a partir de aquí casi me limitaré a reproducir el voto particular antes aludido-, creo que no es inexacto afirmar que la jurisprudencia mayoritaria se inclina más bien por la tesis que he apuntado.

Una interpretación contextual del art. 183.4.d) exige, de una parte, identificar una relación de superioridad construida sobre elementos ajenos a la edad y al parentesco; y, de otra, respetar los espacios del más específico art. 192.2 CP, con idéntico efecto agravatorio. Solo así se alcanza una exégesis armónica que no lleve al absurdo de agravar en idéntica medida, por la puerta falsa del art. 183.4.d), situaciones en que falta alguno de los requisitos del art. 192.2.

La STS 223/2020, de 25 de mayo constituye uno de los precedentes que desarrolla la doctrina que ahora quiero evocar. La utilizo como *falsilla*.

La jurisprudencia en general huye de un mecánico automatismo cuando se quiere aplicar la comentada agravación a parientes distintos de los estrictamente mencionados en el precepto (vgr, tíos; o en este caso, tíos por afinidad) o a asimilados (relaciones afectivas con uno de los progenitores). Pueden rememorarse las SSTS 952/2012, de 11 de noviembre, 957/2013, de 17 de diciembre, 69/2014, de 3 de febrero, 48/2017, de 2 de febrero, 287/2018, de 14 de junio, 382/2019, de 23 de julio, 384/2018, de 25 de julio, 418/2019, de 24 de septiembre, o 429/2019, de 27 de septiembre, cada una con sus matices, variantes, y diferencias.



La aplicación del art. 183.4 d) CP que se convalida en casación supone, a mi juicio, o valorar dos veces la misma circunstancia (edad de la víctima) (i); o utilizar *de facto* una analogía *in malam partem* entendiendo que la vinculación parental del acusado es incluíble en la agravación por parentesco (ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad) definida en el inciso final de tal precepto; (ii) o reformatear el subtipo incluyendo en ella los casos de convivencia, aunque sea episódica, entre víctima y autor (lo que es previsión legislativa de futuro, aún no vigente) (iii).

Sería una exégesis con algo de *trampa* rescatar por la vía del inciso inicial del art. 183.4 d) la agravación basada en la edad que desechamos al examinar el art. 183.4 a); o la de parentesco para los familiares excluidos; o la aplicable a quienes son guardadores (art. 192). Las graves penas que maneja el precepto (la pena aquí impuesta sería procedente también por un homicidio consumado) invitan a una interpretación restrictiva. Hemos de hacer abstracción de la edad evitando fundar en ella -directa, indirectamente- ese específico subtipo.

La Sala de instancia y la de apelación quieren encontrar algo más; pero en el hecho probado solo implícitamente podría intuirse algún reflejo de esa idea. Su entendimiento necesita ser reforzado con elementos que la sentencia de casación rescata de la fundamentación jurídica. Y, ni siquiera así, queda perfilada nítidamente la superioridad entendida en la forma expuesta.

La superioridad agravatoria exige algo más que esa suerte de ascendiente que siempre ostenta un mayor conocido (vecino, amigo de los padres, tío segundo, padre de un amigo, primo...) -e, incluso, el no conocido- frente a un menor. Sería posible la agravación si se asignase al acusado de forma explícita un rol de cabeza de familia en ese hogar, explicitándose la integración en el mismo de las menores. Pero ni el *factum*, ni la fundamentación permiten afirmar eso salvo que los completemos con inferencias o suposiciones *contra reo*.

IV.

Alguna otra vuelta a la idea, aún a costa de ser reiterativo e incurrir, paradójicamente, en el *bis in ídem* que reprocho (aunque en mi caso será un *bis in ídem* expositivo).

Es cristalino que no podemos aplicar el parentesco (inciso final del art. 183.4.d). El legislador ha seleccionado un reducido entorno parental. Si lo ha situado al lado del prevalimiento de superioridad es porque piensa en algo diferente a la asimetría que surge de ser ascendiente o hermano (que siempre serán mayores que la víctima, obviamente).

Es posible que haya fraguado una especial relación de superioridad, que se superpone a la derivada de la edad, a raíz precisamente de esas relaciones familiares o cuasi-familiares que, por sí solas, no encajan en los parientes expresamente mencionados. Así el padrastro de hecho; o, quien en virtud de la relación de afectividad con la madre, se ha convertido en autoridad en el hogar compartido; o el conviviente que ostenta un rol similar; o el padrino no pariente... En esos casos no basta mencionar la relación. Ha de quedar expresada en el hecho probado la base fáctica que conforma una superioridad añadida a la edad y el simple vínculo parental. No basta constatar que es un tío carnal, o que es la pareja de la madre, o el marido de la tía o que es un primo. Es preciso que el *factum* refleje expresamente ese especial ascendiente (la jurisprudencia ha acuñado la expresión *hegemonía anímica*) apoyado en algo más que la diferencia de edad; una asimetría construida sobre factores distintos a la disparidad de edades.

En situaciones dudosas puede resultar innecesario ese esfuerzo indagador por entrar en juego con claridad el art. 192 CP (que muchas veces cae en el olvido). Si se trata de un guardador de hecho la penalidad es idéntica.

Arroja luz advertir que *abuso de superioridad* y *abuso de confianza* son circunstancias diferentes (art. 22.2ª y 6ª CP) y no intercambiables o fungibles. Ambas aportan mayor facilidad para la comisión de los hechos. Pero en una es la superioridad (ascendiente, autoridad, relación de supremacía) lo tenido en cuenta; y en la otra es la confianza que provoca una relajación de las precauciones defensivas. Hay ocasiones en que puede haber abuso de confianza (un vecino, v.gr), pero no de superioridad (al menos, no una superioridad distinta o añadida a la diferencia de edad).

V.

En el presente caso, el laconismo del hecho probado abunda en la imposibilidad de encontrar un material fáctico, con el que nutrir esa superioridad. Incluso se omite la referencia a ese indirecto parentesco, algo que salva la sentencia mayoritaria con razonamientos que me parecen inobjectables (no solo es hecho admitido por todos y no controvertido, sino que hay prueba sobrada), pero que no son del todo armónicos con la doctrina que ha venido a implantarse en esta Sala de una rigidez que reputo excesiva. Se prohíbe buscar en la fundamentación jurídica -por claro que sea el dato- el elemento que justifica una subsunción jurídica más grave para el reo; incluso cuando sea algo tan indiscutido e indiscutible como las condenas previas para la



reincidencia, o, en este caso, la relación parental; y aunque esas condenas estén lógicamente aceptadas y no cuestionadas por la defensa y el acusado.

Las deficiencias en la redacción del hecho probado no podrían integrarse jamás en perjuicio del reo con las aseveraciones extraídas de la fundamentación jurídica, afirma esa jurisprudencia consolidada.

Es tarea pendiente, homogeneizar y perfilar esa tesis jurisprudencial que ha sustituido a la doctrina clásica, felizmente abandonada. A tenor de la misma las indubitadas aseveraciones fácticas contenidas en los fundamentos de derecho no pueden utilizarse para integrar el hecho probado. Ello podría situar al condenado en una posición de indefensión. La revisión de la subsunción jurídica a realizar en casación desde la óptica del art. 849.1º LECrim debe mantener como exclusivo punto de referencia el relato del hecho probado, sin aditamentos, matizaciones o complementos extraídos de la fundamentación jurídica; y, mucho menos, de las propias actuaciones (art. 899 LECrim); y, según se infiere de algún precedente (STS 134/2020, de 7 de mayo), tampoco ni siquiera de los propios alegatos del recurrente.

Suscribo en términos generales esa doctrina, pero en todo caso y en sintonía con la sentencia mayoritaria creo que no debemos perder de vista su fundamento para que no degenere en idolatría a un *tótem* vacío, o en formalismo (ajeno a toda idea de indefensión) que convierta un simple defecto de sistemática (corregible a través de un mero *cortaypega*) en causal de casación. Si no la modulamos de manera racional acabaríamos empujando a las partes recurridas a adherirse preventivamente a los recursos aduciendo quebrantamientos de forma encaminados exclusivamente a subrayar lo obvio, (en este caso la relación parental) con los consiguientes retrasos inútiles, (v. gr., frente a un recurso por infracción de ley, reclamaciones adhesivas para devolver la sentencia al Tribunal -art. 851.1º- a fin de que añada en el hecho probado la relación afirmada en el fundamento de derecho).

La técnica usada por la sentencia mayoritaria para ilustrar el *factum*, no me parece incorrecta. Sí la conclusión jurídica a la que llega.

Fdo.: Antonio del Moral García.