



Roj: **STS 189/2023 - ECLI:ES:TS:2023:189**

Id Cendoj: **28079120012023100029**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2023**

Nº de Recurso: **10195/2022**

Nº de Resolución: **20/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 20/2023

Fecha de sentencia: 19/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10195/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10195/2022 P

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 20/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 19 de enero de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación num. 10195/22 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por D. Edemiro, representado por el procurador D. Roger Jesús Ubach Luengo, bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Rodríguez Segura, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 14 de septiembre de 2021 (Rollo Apelación 74/21) que confirmaba en apelación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 25 de marzo de 2021. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y D^a Sacramento y D. Eulogio representados por D. Carlos Jiménez Padrón y bajo la dirección letrada D^a Linette Isabel Wong Herazo, ejerciendo la acusación particular.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 7 de A Coruña incoó Procedimiento num. 595/19 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de A Coruña (Sec. 2^a Rollo 16/20), que con fecha 25 de marzo de 2021, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "PRIMERO.- Se ha probado y así se declara que el procesado Edemiro y Sacramento son los padres de Eulogio, con quien convivían en unión de dos hermanos más de éste, Fructuoso y Visitación, también menores de edad, en el domicilio sito en la AVENIDA000, n^o NUM000, A Coruña.

En el año 2013 y sin que consten con precisión las fechas en las cuales se produjeron los sucesos de los que fue víctima Eulogio, el procesado comenzó a realizar múltiples tocamientos de carácter sexual a su hijo, quien por entonces contaba con 12 años de edad. Esos hechos, en número superior a diez si sumamos los que vendrían después, sucedieron en su mayor parte en el mencionado domicilio familiar (y habitualmente en la habitación de la pareja), y para llevarlos a efecto, Edemiro se aprovechaba de la intimidad que le proporcionaba el estar a solas con el menor, lo cual ocurría una o dos veces por semana cuando la madre de Eulogio -pareja del procesado- no estaba en casa debido a sus ocupaciones laborales.

Para llevar a cabo sus lascivos propósitos, Edemiro se prevalía de la relación paternal con Eulogio, así como del hecho de convivir bajo el mismo techo. En ese escenario y mediante la creación de un creciente clima de dominación y miedo que hacía ceder a Eulogio a las maniobras de su progenitor, y en contra de su voluntad, de una forma progresiva pasó a realizar al menor felaciones, o bien a recibirlas del mismo.

Ese comportamiento libidinoso se prodigó a lo largo de los años 2014 a 2016 en el mencionado domicilio familiar, hasta que Eulogio cumplió los 14 años. A partir del año 2017 y hasta el año 2019, actuando en el convencimiento de que Eulogio no contaría nada de lo que padecía a manos de Edemiro, toda vez que, durante años consiguió manejarle con facilidad, haciéndole creer que era un secreto entre ellos y nadie lo podía saber, y en el mismo contexto permanente de intimidación ambiental, Edemiro comenzó a realizar penetraciones anales al menor.

Cuando Eulogio cumplió los 14 años comenzó a ser consciente de lo que estaba sucediendo, pero, por el miedo que le infundía su padre, al saber de lo que era capaz, no se rebelaba cuando éste lo obligaba a mantener relaciones sexuales con él, ya que, para doblegar su oposición a los tocamientos y actos de naturaleza sexual, mostraba un comportamiento agresivo y conminativo tanto con respecto a su madre como para con él.

En el año 2019, en el mencionado domicilio familiar y, por temor, venciendo la oposición de Eulogio, Edemiro propició los siguientes dos episodios:

1.- En fecha no determinada, estando su hijo Eulogio en el salón de la casa y como no había nadie en la vivienda, valiéndose de la ocasión y su posición paterna, con ánimo libidinoso, tras bajarle el pantalón y el calzoncillo, lo penetró analmente.

2.- En la tarde del día 4 de mayo, cuando Eulogio (que por entonces contaba 17 años de edad) se encontraba en el interior de su habitación viendo una película, de forma inopinada irrumpió en la estancia y le exigió que se quitase la ropa, a lo que, en principio, se negó el menor. Pero al ver que su padre se alteraba y enfadaba, siendo consciente de que la autoridad que le proporciona el vínculo emocional y/o filial, restringía la libertad de su hijo para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta, cedió a su pretensión, permitiendo que lo desnudase y obligándole a que le hiciese una felación para, acto seguido, sin utilizar preservativo, penetrarlo analmente, llegando a eyacular en la espalda de Eulogio.

Tras finalizar, Edemiro salió de la habitación y Eulogio, sin limpiarse de los restos seminales que aquél había derramado sobre su propio hijo, se vistió precipitadamente y salió a la calle con el fin de llamar a su madre, que estaba junto con sus otros dos hijos en la feria del Día de la Ciencia. Además, y cuando ya pudo reunir la fuerza necesaria, con el apoyo de su novia Fermina, decidió contarle todo lo que había sucedido esa tarde.



SEGUNDO.- Una vez realizados los análisis biológicos correspondientes y el cotejo de perfiles genéticos, éstos dieron como resultado el hallazgo en los hisopos de las muestras recopiladas en la espalda y en la zona anal y perianal del menor, un perfil genético coincidente con el perfil genético indubitado de su padre, Edemiro .

TERCERO.- Debido a la situación vivida, Eulogio ha sufrido trastornos físicos (pérdida de control de esfínteres, alteraciones del sueño, dificultades para dormir, disminución del apetito con sensación de no necesitar comer), emocionales (ánimo decaído, anhedonia, apatía, irritabilidad, nerviosismo, inquietud, rabia, culpa, retraimiento), dificultades de concentración, disminución del rendimiento escolar e interacción social.

CUARTO.- El procesado permanece en prisión provisional por esta causa desde el 6 de mayo de 2019 en que fue acordada por el Juzgado de Instrucción".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Edemiro como autor criminalmente responsable de un delito continuado de agresión sexual sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 15 años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

También le condenamos a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento con respecto a sus hijos Eulogio , Visitacion y Fructuoso .

Igualmente, le condenamos a la pena de prohibición de acercamiento a Eulogio a menos de 500 metros, en cualquier lugar en donde se encuentre, a su domicilio, o a al lugar en donde curse sus estudios, o cualquier otro por él frecuentado, así como comunicarse con él por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante un período de 24 años.

Finalmente, le condenamos a la medida de libertad vigilada durante 10 años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Asimismo, indemnizará a Eulogio en la cuantía de 50.000 euros en concepto de responsabilidad civil con los intereses indicados en la fundamentación jurídica de esta resolución.

Le condenamos también al pago de las costas procesales, incluidas las relativas a la acusación particular.

Será de abono el tiempo de privación de libertad cumplido cautelarmente.

En tanto no gane firmeza la presente resolución, se acuerda la prórroga de la prisión provisional hasta el 6 de mayo de 2023.

Notifíquese la presente sentencia a las partes instruyéndoles de su derecho a recurrirla en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, recurso que, en su caso, deberá ser interpuesto ante esta Audiencia Provincial en el plazo de los DIEZ DÍAS siguientes a su notificación, a cuyo efecto deberá presentarse escrito. exponiendo las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación.

Notifíquese, asimismo, esta resolución a los ofendidos o perjudicados por el delito, aunque no hubieren sido parte en el procedimiento".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D. Edemiro , dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con fecha 14 de septiembre de 2021 y cuya parte dispositiva es la siguiente: "DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Edemiro contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (sección segunda) en fecha 26 de Marzo de 2021, procedimiento ordinario número 595/2019, con imposición de las costas procesales al apelante.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma, incluida la del acusado en su persona".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Edemiro , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**



1º y 2º.- Por infracción de ley del nº 1 del artículo 849 de la LECRIM en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM por aplicación indebida del artículo 183.2 y 3 en relación con el artículo 74 del CP e inaplicación del artículo 181 del CP y por vulneración de la presunción de inocencia y tutela efectiva.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la acusación particular del recurso interpuesto, lo impugnaron, la Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Con la entrada en vigor de LO 10/22, de 6 de septiembre, se acordó por Diligencia de Ordenación en fecha 26 de noviembre de 2022 dar traslado al recurrente para alegaciones, solicitando la rebaja de la pena impuesta. Con fecha 29 de noviembre de 2022 se dio traslado para alegaciones a las demás partes. Por el Ministerio Fiscal se informó que debe mantenerse la pena impuesta de 15 años.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 17 de enero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM que conecta con el artículo 5.4 LOPJ, 852 LECRIM y 24 CE para denunciar infracción de la garantía de tutela judicial efectiva y de presunción de inocencia, a la vez que infracción del artículo 183. 2 y 3 en relación con el 74 CP y la indebida inaplicación del artículo 181 CP.

Se plantea un segundo motivo que, con un enunciado similar, concluye denunciando la indebida aplicación del artículo 74 CP.

Pese al encabezamiento de ambos motivos con la invocación del artículo 849.1 LECRIM, supeditado a la intangibilidad del relato de hechos probados, su desarrollo argumental responde al enfoque propio de un motivo de presunción de inocencia, a partir de un cuestionamiento general de toda la prueba practicada, que es ahora analizada desde la particular óptica del recurrente. Ese coincidente planteamiento aconseja el abordaje conjunto de ambos motivos.

1. Parte el recurso de considerar como acreditado un único contacto sexual entre el recurrente y su hijo, el que se produjo el 4 de mayo de 2019, y que sirvió de detonante para la denuncia. Habida cuenta que en tal fecha el joven contaba ya con 17 años, y que en ese momento no se describe violencia ni intimidación, aboga por la calificación de los hechos como un delito de abuso sexual del artículo 181 CP vigente a la fecha de los hechos, y aun éste, en la modalidad de meros tocamientos sin penetración, en cuanto entiende que esta queda descartada al no haberse detectado restos biológicos del acusado en el esfínter del joven ni en el interior del ano.

En definitiva el recurso cuestiona el sustento probatorio del *factum*, negando el valor de prueba suficiente a la declaración del joven involucrado en los hechos, y extrayendo sus particulares conclusiones del resto de la testifical así como de las distintas pericias que se han practicado en la causa. Insiste en que no existen evidencias físicas del empleo de violencia, ni tampoco se describen actitudes que pudieran integrar el anuncio de un mal serio y grave, capaz de integrar el concepto de intimidación que la agresión sexual requiere. Del mismo modo que cuestiona la prueba en cuanto a los contactos sexuales que se describen como producidos desde que el pequeño contaba con 12 años, y de esta manera, la aplicación de la continuidad delictiva.

Argumenta que no resulta lógico que a lo largo de los años de supuesto acoso sexual, el joven acudiera en repetidas ocasiones al médico, y sin embargo no se apreciaran rasgos que permitieran activar las alarmas respecto a los hechos, así como que el mismo haya sido incapaz de concretar fechas respecto a los denunciados contactos sexuales, salvo la ya citada de 4 de mayo de 2019. Denuncia de esta manera el que se haya otorgado valor de prueba bastante a la declaración de su hijo, que en opinión del recurrente no soporta el escrutinio desde el triple parámetro de comprobación que ha fijado la jurisprudencia de esta Sala para reconocer el testimonio de quien interviene en el proceso como víctima idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia, despreciando a la vez la versión de descargo facilitada por el recurrente.

2. La delimitación del alcance de la impugnación casacional y del control realizado a través de la misma cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede obviar que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. De esta manera, la comprobación que corresponde al Tribunal Supremo se concreta en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de primera instancia, se ha mantenido



dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (entre otras SSTs 847/2013 de 11 de noviembre, 163/2017 de 14 de marzo, 741/2017 de 16 de noviembre, o la 490/2019 de 16 de octubre, entre otras).

Y desde esta óptica vamos a enfocar la cuestión que ahora se somete a nuestra consideración.

3. En este caso el soporte probatorio de la secuencia histórica que recrea el relato de hechos probados y consecuente declaración de culpabilidad del recurrente, lo ha suministrado fundamentalmente la declaración del joven involucrado como víctima en los hechos.

Dadas las características del suceso, es razonable que así sea. Se trata de enjuiciar una conducta marcada por un componente personalista, desarrollado en el espacio de una búsqueda intimidad, por lo que no es fácil que exista la posibilidad de contar con otras pruebas personales distintas para acreditar el núcleo del hecho delictivo. Por lo tanto ha de partirse del análisis del testimonio de quien se perfila como víctima, sin perjuicio de complementarlo con otros datos probatorios accesorios que lo corroboren o desdigan (SSTs 61/2014 de 3 de febrero o 274/2015 de 30 de abril, entre otras).

Recordábamos en la STS 467/2020, de 21 de septiembre, con cita de otros precedentes, que la idoneidad probatoria de la declaración de la víctima ha de pasar el filtro, en cada caso concreto, de la valoración del Tribunal sentenciador. Y concretábamos que su alto valor incriminatorio no significa que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar la presunta certeza de la acusación formulada. Sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar en esta valoración criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

En este caso el Tribunal de instancia contó con el relato de un joven acerca de sus experiencias desde que, cuando contaba 12 años de edad, su padre comenzó a hacerle objeto de comportamientos sexualizados. Acometimientos periódicos que fueron incrementándose en su intensidad, desde iniciales tocamientos, pasando por masturbaciones, felaciones mutuas, hasta llegar, una vez en el año 2016 había alcanzado los 14 años de edad, a las penetraciones anales, que se prolongaron hasta el último incidente, el producido el 4 de mayo de 2019, una vez había cumplido 17 años, con la penetración que le hizo eclosionar y denunciar los hechos.

Contactos sexuales que inicialmente soportó por la ascendencia moral de quien era su progenitor, que a tal efecto aprovechaba ese contexto emocional y las facilidades que le proporcionaba el poder encontrarse a solas con niño en los momentos en que su madre atendía sus responsabilidades laborales. Sin embargo, a medida que el testigo fue creciendo y tomando conciencia de la situación, su padre generó en torno a él un ambiente de hostigamiento y agresividad desencadenante de una esfera de temor que le atenazaba y le impedía oponerse a sus deseos.

Una declaración que el Tribunal de instancia consideró creíble, a partir de un criterio valorativo que la Sala de apelación respaldó como razonable y exento de arbitrariedad. Como explica la sentencia recurrida, fue un testimonio que se califica de serio, sereno y contundente, que describió de manera convincente el inicio de los actos y su progresión. Un relato que no pierde fuerza de convicción por la falta de concreción sobre los días y horas en que se sucedieron los hechos.

La imposibilidad de concretar espacial y temporalmente los diferentes acometimientos sexuales que padece un menor a lo largo de un periodo dilatado de tiempo, durante el que el agresor aprovecha una relación cercana con él, no merman la fuerza incriminatoria de su testimonio. Es lógico y comprensible que quien es menor no guarde memoria precisa de la localización y fecha de cada una de las agresiones, por su edad, porque son acontecimientos que se insertan en su cotidianidad, por el sufrimiento que puede producir el recuerdo de este tipo de ofensas, o por el miedo a trastocar el sosiego familiar (SSTs 201/2018, de 25 de abril; 409/2019, de 19 de septiembre; o STS 473/2020, de 24 de septiembre), lo que no diluye la necesidad de que los elementos sobre los que pivota la tipicidad queden perfectamente delimitados. En este caso tales presupuestos emergen con nitidez



Fue un testimonio dotado de abundantes corroboraciones. Fundamentalmente, las pruebas que detectaron restos biológicos seminales del acusado en la espalda, ano y zona perianal del joven, tras los hechos que tuvieron lugar el 4 de mayo de 2019, y que dotan de especial coherencia el relato, poniendo de relieve que sólo cuando alcanzó suficiente madurez, cercana su mayoría de edad, el joven se atrevió a denunciar los hechos.

También opera un importante efecto corroborador el testimonio de quien en esta fecha era novia de joven, a quien él había contado sus experiencias y confesado sus temores, y a la que el acusado llegó a proponer a través de un mensaje enviado por una red social, mantener un contacto sexual con ella y con su hijo. Mensaje documentado, que el propio acusado admitió, y que supone un claro exponente de la utilización sexual a la que el acusado sometía al adolescente. Refuerzan igualmente la declaración de este el testimonio de su madre, esposa del acusado, quien contó que éste le reconoció los hechos. A lo que se suma el respaldo derivado de las distintas periciales que se realizaron, la psicológica del IMELGA o la Médico Forense, que evidenciaron una sintomatología propia de quien ha atravesado durante años una situación de hostigamiento sexual como el relatado.

Extractamos un párrafo de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial por lo esclarecedor que resulta respecto a la ponderación probatoria que este Tribunal realizó y el de apelación avaló, y que hace decaer por injustificadas las alegaciones del recurso respecto a la sintomatología apreciada en el testigo. Señala así "Pero si queremos ahondar aún más en la prueba, la pericial forense médico-psicológica arroja también de manera indirecta evidencias de la situación mantenida de las agresiones sexuales sufridas por el perjudicado al contrastar los datos proporcionados por el historial médico de Eulogio con la sintomatología por él referida u observada por su madre, tanto en el plano físico como en el emocional. Así, si observamos la historia clínica de atención primaria veremos cómo a los 10 años de Eulogio, fecha en la que aún no se habían iniciado las agresiones, se alude a su alimentación variada, a la práctica de deporte, al buen rendimiento escolar y a su adecuada interacción social. Pero unos meses más tarde ya se alude a inquietud motora y a la incapacidad de concentración para finalizar tareas y se propone una interconsulta a Salud mental. A partir de ahí ya se instala la encopresis, la desorganización, la agresividad con la hermana y con él mismo, el destrozo de cosas, la irregularidad alimenticia, nerviosismo, inquietud, retraimiento, etc.

Eulogio usará la técnica de enterrar el problema para tratar de evadirse de su cruda realidad, como nos ilustró la médico forense. Por eso no le contará nada ni a su pediatra, ni a su psicólogo. Ni siquiera a su madre. Los especialistas en pediatría y psiquiatría darán entonces palos de ciego al situar la causa de sus padecimientos en un deseo de llamar la atención o bien en un problema de inmadurez. Nadie acierta -lamentablemente- a descubrir la verdadera etiología de sus males, los cuales se perpetúan hasta que el 4 de mayo de 2019 explota Eulogio y decide contar el infierno por el que está pasando".

El Tribunal sentenciador marcó unas pautas interpretativas, que el de apelación refrendó, y que descartan irracionalidad en el proceso de valoración de este testimonio analizado desde la perspectiva de su idoneidad como prueba de cargo. Apreciación que el recurso no neutraliza. Todo ello nos coloca en condiciones de confirmar, desde la perspectiva que en casación nos compete, a partir del previo examen que sobre esta cuestión realizó el Tribunal de apelación, que la condena del acusado se ha sustentado en prueba legalmente obtenida e introducida en el proceso, de suficiente contenido incriminatorio y razonablemente valorada conforme a criterios racionales que le otorgan la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, certidumbre y una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado. El juicio de inferencia realizado se ajusta a los parámetros de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos exigibles para alcanzar una conclusión condenatoria por los hechos objeto de autos. En consecuencia, la denunciada infracción del artículo 24 CE queda descartada.

SEGUNDO.-Rechazada cualquier vulneración de las garantías de tutela judicial efectiva y de presunción de inocencia, y ya con el enfoque propio de un motivo de infracción de ley del artículo 849 .1 LECRIM, a partir del relato de hechos probados que nos vincula, el cuestionamiento del juicio de subsunción que el recurso realiza no puede prosperar.

1. Los hechos encajan de plano en el tipo previsto en el artículo 183. 1, 2, 3 y 4 d) CP vigente a la fecha de los hechos, en su versión anterior a la reforma operada por la LO 10 /2022.

Los hechos comienzan cuando el pequeño cuenta con 12 años, y se prodigan más allá de 2018, año en el que cumple los 16. Un acometimiento sexual de progresivo desarrollo, desde simple tocamientos, pasando por masturbaciones y felaciones, para intensificarse a partir de cumplir los 14 años (año 2016). En ese momento, ya bajo la vigencia de la ley 1/2015 que fijó en 16 años el límite aplicativo del artículo 183 (antes se encontraba en los 13), comienzan las penetraciones anales, que como ya hicieran las felaciones, atraen la aplicación del apartado 3 del artículo 183 CP.



2. Discute el recurso la existencia de intimidación sobre la que se sustenta la aplicación del apartado 2 del artículo 183, sin embargo esta surge con toda claridad del relato fáctico que nos vincula.

La intimidación aplicada al delito que nos ocupa consiste en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual.

La cuestión radica en determinar si las prácticas sexuales a las que fue sometido el menor, se realizaron venciendo su voluntad mediante una actuación intimidante, o por el simple aprovechamiento de su minoría de edad y parentesco con el agresor.

Recordaba la STS 769/2015 de 15 de diciembre, con cita de otros precedentes, que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males. De tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.

Profundizando en ello, apuntó la STS 987/2021, de 15 de diciembre, que "este Tribunal no ha dudado en considerar, ya desde antiguo, que cuando de intimidación se trata, no resulta exigible que el sujeto activo verbalice... cualquier concreta amenaza o anuncio de un mal inminente y razonablemente seguro, bastando con que... la situación de temor creada en la víctima por el autor... Se inserta en este contexto la denominada "intimidación ambiental", que surge allí donde, aun en ausencia de una admonición concreta... el sujeto activo aprovecha con este fin, el temor, el sojuzgamiento de su víctima, resultante de actos previos concluyentes y del conjunto de circunstancias que en el caso concurren".

Como explicaba la STS 462/2019, de 14 de octubre "La falta de anuncio de daño no siempre es equivalente a ausencia de intimidación, como tampoco desaparece el amedrentamiento cuando no exista una real intención de causar el mal sugerido. Siempre que el sujeto activo perciba que hay razones objetivas para infundir temor y que esa sospecha es materialmente adecuada para modificar la que sería la libre opción del destinatario, la instrumentalización de esa situación para la consecución de los fines que pretenden favorecerse integra el concepto legal de intimidación. Es a este tipo de intimidación al que podemos denominar intimidación ambiental".

No se trata de evaluar tanto una manifestación aislada, como el contexto en el que se producen los acontecimientos, especialmente cuando estos se desarrollan de manera prolongada en el tiempo, en un ambiente de opresión creciente. Lo que suele ocurrir cuando las víctimas son niños o adolescentes en proceso de maduración, especialmente si la intimación proviene de su círculo próximo. La exigencia, por ejemplo, de silencio tras un contacto con la correlativa insinuación de un mal propio o ajeno si se contraviene, opera como amedrentamiento previo en el siguiente, incrementado si el comportamiento de quien acomete exterioriza rasgos agresivos, y, aún más, si los hechos se desarrollan en el domicilio familiar. Entonces el espacio llamado a operar como refugio seguro pasa a convertirse en un rincón sin escapatoria, confluyendo todo ello a generar una atmósfera de impuesta sumisión. Se crea de esta manera un ambiente de hostigamiento, lo que hemos llamado "intimidación ambiental" que mina hasta hacerla desaparecer, cualquier capacidad de reacción del menor, que se ve de esta manera abocado a acatar sin posible alternativa el contacto que se le impone.

Y así ocurrió en el presente caso. Distintos fragmentos del relato de hechos lo patentizan. Así cuando el mismo señala "(...) Para llevar a cabo sus lascivos propósitos, Edemiro se prevalía de la relación paternal con Eulogio , así como del hecho de convivir bajo el mismo techo. En ese escenario y mediante la creación de un creciente clima de dominación y miedo que hacía ceder a Eulogio a las maniobras de su progenitor, y en contra de su voluntad, de una forma progresiva pasó a realizar al menor felaciones, o bien a recibirlas del mismo (...)A partir del año 2017 y hasta el año 2019, actuando en el convencimiento de que Eulogio no contaría nada de lo que padecía a manos de Edemiro , toda vez que, durante años consiguió manejarle con facilidad, haciéndole creer que era un secreto entre ellos y nadie lo podía saber, y en el mismo contexto permanente de intimidación ambiental, Edemiro comenzó a realizar penetraciones anales al menor.

Cuando Eulogio cumplió los 14 años comenzó a ser consciente de lo que estaba sucediendo, pero, por el miedo que le infundía su padre, al saber de lo que era capaz, no se rebelaba cuando éste lo obligaba a mantener relaciones sexuales con él, ya que, para doblegar su oposición a los tocamientos y actos de naturaleza sexual, mostraba un comportamiento agresivo y conminativo tanto con respecto a su madre como para con él (..) ".



La intimidación conscientemente utilizada por el acusado como medio comisivo dirigido a vencer la voluntad contraria del menor queda nítidamente descrita. Así como también los presupuestos de aplicación del apartado 4 d) del artículo 183, que el recurso no cuestiona expresamente.

3. Por último, la continuidad delictiva apreciada ex artículo 74 CP resulta igualmente indiscutible

El delito continuado nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes y que desde la perspectiva de su antijuricidad material se presentan como una infracción unitaria.

La jurisprudencia ha exigido para su aplicación un requisito fáctico consistente en una pluralidad de acciones u omisiones, de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión. Es precisamente esta pluralidad dentro de la unidad final, lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos.

También requiere una cierta conexión temporal, para cuya determinación no pueden establecerse estándares fijos, si bien quedaran excluidos aquellos casos en que un lapso temporal excesivo rompa la perspectiva unitaria.

Es necesario que el autor realice las acciones en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario, que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones. Se trata de una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios actos muy parecidos. Lo segundo no requiere que la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación semejante a la anterior que aprovecha al agente en su repetición delictiva.

De otro lado, se requiere una cierta homogeneidad en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido. Y también una homogeneidad normativa, de manera que los preceptos penales conculcados sean iguales o semejantes, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico.

La aplicación de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales exige, en todo caso, que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo; que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo y que obedezcan a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo (entre otras STS 675/2016, de 22 de julio o STS 473/2020, de 24 de septiembre y las que en ellas se citan).

En general la doctrina de esta Sala ha rechazado la aplicación de la continuidad delictiva en ataques sexuales perfectamente delimitados en el tiempo, si bien ha admitido la aplicación de esta figura en supuestos de reiteración de los actos realizados sobre la misma persona, que habitualmente comienzan cuando es menor de edad, y se desarrollan durante un periodo de tiempo más o menos extenso. Casos caracterizados por la existencia de una misma pauta de actuación, a partir de la situación de prevalimiento o abuso de superioridad con los que el autor consigue el dominio de la voluntad de la víctima para proseguir durante todo el periodo de ejecución con su conducta delictiva. En definitiva, situaciones en las que no es fácil individualizar suficientemente cada acometimiento, y obedecen a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo (entre otras SSTs 964/2013 de 17 de diciembre; 526/2014, e 18 de junio; 92/2018, de 22 de febrero 409/2019 de 19 de septiembre; o 187/2020, de 20 de mayo).

Y precisamente esa es la situación a la que el recurso nos enfrenta. La secuencia histórica que recrea el relato de hechos que nos vincula, describe una serie de tocamientos y contactos sexuales con el menor, que se desarrollaron inicialmente aprovechando la superioridad y facilidad comisiva que al acusado le proporcionaba el ser su progenitor y compartir con el adolescente espacios de intimidad en el domicilio común, y que se fueron intensificando, tanto en cuanto a la naturaleza de la injerencia corporal como en lo que a los medios comisivos se refiere, que con el tiempo consiguieron transformar lo que inicialmente pudo ser un simple prevalimiento, hasta una auténtica intimidación. Una serie de actos que se ejecutaron en el marco de una relación mantenida en el tiempo, engarzados en un dolo unitario o de, cuanto menos, aprovechamiento de idéntica situación característico de la continuidad delictiva que se aprecia.

En atención a lo expuesto los dos motivos conjuntamente analizados se desestiman.

TERCERO.- La entrada en vigor el pasado mes de octubre de la reforma operada por efecto de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha dotado de nueva configuración y regulación al Título VIII del Libro II CP, nos obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva regulación resultara más beneficiosa al condenado, pues de ser así, por aplicación del artículo 2.2 CP habrá de serle retroactivamente aplicable.



1. Esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues sólo así puede detectarse que régimen resulta más beneficioso. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo "No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad". O en palabras que tomamos de la STS 630/2010, de 29 de junio " En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal". Ahora bien, la elevada penalidad que acompaña a la modalidad delictiva aplicada en este caso, y la mayor afflictividad que deriva de las penas privativas de libertad frente a las que limitan otros derechos, focaliza sobre aquellas el principal elemento comparación.

De otro lado, la comparación hemos de abordarla a partir de la penalidad impuesta, pues no nos corresponde ahora como Sala de casación efectuar una nueva determinación de la pena emitiendo un juicio de proporcionalidad en atención a la gravedad de la culpabilidad y la ponderación de las circunstancias que permitan detectar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en relación a los factores expuestos y que éste no ha sido arbitrario.

2. En este caso el Tribunal de instancia determinó la pena privativa de libertad en aplicación de los artículo 183 1, 2 4 y 4 d) en relación con 74 CP en el máximo legal (15 años de prisión), una vez se decantó, según se explica ante las exigencias del principio acusatorio, por descartar la elevación en grado que faculta el artículo 74 CP. Opción penológica adoptada a partir de una horquilla final acotada entre los 14 años, 3 meses y 1 día y los 15 años. Y explicó su opción por tal límite máximo al señalar "se impone al procesado la pena de 15 años de prisión, pues más allá de la continuidad delictiva, que se derivaría sin más de la comisión de dos delitos, resulta que han sido, como refirió Eulogio, más de diez (y supone la Sala que incluso bastantes más partiendo de las múltiples ocasiones en que se quedaban solos víctima y victimario, unas dos veces por semana al menos, durante varios años). Por ello resulta razonable y proporcionado a la gravedad conjunta de los hechos, la imposición de la pena máxima posible que nos permite el respeto al principio acusatorio".

3. Los hechos declarados probados encajan ahora sin margen de discusión en el nuevo artículo 181. 1, 2, 3 segundo inciso, y 4 e) CP, con una penalidad que oscila entre los 12 años y 6 meses, y los 15 años de prisión. Aplicada sobre esa horquilla la agravación penológica derivada de la aplicación del artículo 74 CP, nos coloca ante una pena que oscila entre 13 años y 9 meses y un día como mínimo y 15 años en el límite máximo.

La opción que plantea el recurrente no es válida, en cuanto parte de una distinta configuración de los hechos probados acorde a las pretensiones deducidas en su recurso.

Cierto es, como ha señalado la Fiscal en el traslado que se le ha efectuado al respecto, que el límite mínimo de la opción es algo inferior ahora (seis meses), pero también que la pena que se impuso intencionada y motivadamente en el límite máximo resulta igualmente imponible, por lo que no nos incumbe ahora efectuar una reevaluación de la pena ni plantear la aplicación retroactiva de la nueva norma como más beneficiosa. Máxime si tomamos en consideración, a partir de esa visión de conjunto que exige la comparación en el caso de sucesión normativa, que la LO 10/2022 ha dotado también de nueva redacción el artículo 192.3 que en la actualidad configura una pena de privación de la patria potestad, mucho más gravosa que la vigente a la fecha de los hechos. Pues esta pena ha pasado de una duración de 6 meses a los 6 años que acotaba la legislación vigente a la fecha de los hechos, a la de cuatro a diez años en el panorama normativo actual. Por no hablar de la elevación de la inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, que, aunque en este caso por efecto de la LO 8/2021, se ha mantenido con la nueva reforma. Esta preceptiva inhabilitación ha pasado de un tiempo superior de entre tres y cinco años al de la duración de la pena privativa de libertad impuesta a la fecha de los hechos, a un acotamiento actual "por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave".

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas derivadas del mismo.

FALLO

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



DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Edemiro , contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 14 de septiembre de 2021 (Rollo Apelación 74/21).

Comuníquese a dicho Tribunal Superior de Justicia esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ