



Roj: **STS 2797/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2797**

Id Cendoj: **28079120012023100474**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2023**

Nº de Recurso: **6449/2021**

Nº de Resolución: **466/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2232/2021,**
STS 2797/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 466/2023

Fecha de sentencia: 14/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6449/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL SE SEVILLA, SECCIÓN TERCERA

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6449/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 466/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de junio de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, número **6449/2021**, interpuesto por **D Juan Ramón** representado por el Procurador D. Juan José Barrios Sánchez bajo la dirección letrada de D. Luis Giménez Torres y **D^a Esther** representada por el Procurador D. Pedro Romero Gómez bajo la dirección letrada de D. Gabriel Cordero Huerta, contra la sentencia núm. 274/21 de 9 de julio dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, en el Rollo Sumario 6580/2019.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, en concepto de responsable civil subsidiario el **Excmo. Ayuntamiento de Albaida del Aljarafe** representado por el Procurador D. Juan Antonio Coto Domínguez bajo la dirección letrada de D. Ángel Carapeto Porto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 3 de Sanlúcar la Mayor, instruyó Sumario con el núm.4/2018 por delito de abusos sexuales contra D. Juan Ramón, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, en la que vista la causa dictó en el Rollo Sumario 6580/2019 sentencia núm. 274/21 en fecha 9 de julio de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El procesado ya circunstanciado, Juan Ramón en los años 2014- 2015 prestaba sus servicios laborales en tareas de limpieza para el **Ayuntamiento** de Albaida del Aljarafe, coincidiendo por este motivo con la también trabajadora del mismo Esther .

Al inicio o durante la jornada laboral, aprovechando que ambos se encontraban solos en las dependencias en las que se desempeñaban los trabajos, tales como el polideportivo, el colegio, la casa de la cultura o en unas naves de la corporación local, con ánimo lascivo, el procesado le ha tocado los pechos a Esther así como otras zonas de su cuerpo, se ha aproximado por detrás frotándose contra ella y se ha sacado su pene tocándosele Esther .

Estos hechos se han producido en al menos ocho ocasiones desde el verano de 2014 hasta que el 31 de Agosto de 2015, alrededor de las 8:20 horas de la mañana, el acusado llevó a Esther hasta los servicios del polideportivo. Una vez allí, se sacó el pene y le pidió a Esther que se lo chupara, negándose ésta porque decía que le daba asco, llegando a rozar con su pene los labios de Esther . Ambos fueron oídos por otro empleado del **Ayuntamiento**, Camilo , el cual oyó a Esther decir con voz angustiada "que no puedo, que no puedo" y al acusado "venga chupa, venga chupa, venga chupa ahí", contestando Esther "no, no". Al oír esto Camilo quedó fuertemente impactado, decidiendo hacer ruido dando un portazo para hacer notar su presencia, ante lo que Juan Ramón decidió marcharse del lugar.

Esther presenta un nivel intelectual por debajo de la media poblacional lo que es fácilmente perceptible por terceras personas, retraso mental leve-moderado en el contexto del síndrome X frágil que padece, con déficit instructivo, posee una personalidad inmadura que no alcanza a tener el suficiente nivel intelectual, madurativo y emocional para entender plena y adecuadamente las relaciones sexuales, siendo en este sentido vulnerable a requerimientos externos ajenos a su voluntad, presentando una capacidad para consentir menoscabada en virtud de las limitaciones que presenta; todo lo cual facilitó la comisión de los anteriores hechos por el acusado, quien conocía a Esther , siendo consciente de sus limitaciones, y a su familia desde muchos años atrás".

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

"Condenamos a Juan Ramón , como autor de un delito continuado de ABUSOS SEXUALES ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las penas de DOS AÑOS, SEIS MESES y UN DÍA DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. PROHIBICIÓN de aproximarse a Esther o a su domicilio a una distancia inferior a los 300 metros, así como de comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento por un tiempo superior al de la duración de la pena de prisión de CUATRO AÑOS y LIBERTAD VIGILADA durante CUATRO AÑOS.

Condenamos a Juan Ramón , como autor de un delito de ABUSO SEXUAL en grado de tentativa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las penas de VEINTIUN MESES y UN DÍA DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. PROHIBICIÓN de aproximarse a Esther o a su domicilio a una distancia inferior a los 300 metros,



así como de comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento por un tiempo superior al de la duración de la pena de prisión de CINCO AÑOS y LIBERTAD VIGILADA durante CINCO AÑOS.

Condenándolo asimismo al pago de las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular.

Asimismo, en concepto de responsabilidad civil, el procesado indemnizará a Esther en la cantidad de 3.000 euros, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Declaramos de abono el tiempo que el procesado haya permanecido detenido provisionalmente privado de libertad por la presente causa, así como las demás privaciones de derechos cautelarmente acordadas".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado, Juan Ramón y de la acusación particular Esther, 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 los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes **motivos de casación**:

Recurso de Juan Ramón

Motivo Primero.- Infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 847.1.a), 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la falta de aplicación del art. 14.1 del Código Penal, es decir, error de tipo, en el sentido de que D. Juan Ramón desconocía el grado de discapacidad de Dª Esther para prestar un consentimiento válido en orden a mantener relaciones sexuales.

Motivo Segundo.- Error en la valoración de la prueba, al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues no se ha considerado que la minusvalía de Dª Esther no fue conocida hasta fecha posterior a los hechos por los que se ha enjuiciado a mi defendido.

Motivo Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J., por violación del art. 24 de la Constitución Española, en concreto del derecho a la presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo", ya que se han ignorado flagrantemente las pruebas que favorecen al acusado. Como ejemplo baste citar que ni siquiera se ha valorado el hecho de que Dª Esther reconociese que, en ocasiones, decidía no mantener relaciones con el acusado y, consecuentemente, éstas no se llevaban a cabo.

Motivo Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley ya que en caso de condena debía haberse aplicado el art. 21.6 del Código Penal y subsiguientemente el art. 66.1.2º del mismo cuerpo legal.

Recuso de Esther

Motivo Primero.- Art. 849: i) Inaplicación de prevalimiento. ii) Insuficiencia de la indemnización y declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del **Ayuntamiento**.

Motivo Segundo.- Art. 851: i). En cuanto al 851.1 existe contradicción entre los hechos considerados probados por la propia sentencia y la calificación que se hace de los mismos, en los mismos términos del párrafo 3º del apartado anterior de este escrito. La claridad del relato fáctico entendemos que no encuentra acogida adecuada en la Sentencia y que existen eventuales, contradicciones inmanentes a ese relato; y ii) y en cuanto al 851.2 y 3, no se han resuelto todas las cuestiones propuestas por esta parte sin motivar la desestimación del relato fáctico de esta parte simplemente indicando que la acusación no ha sido probada sin motivación suficiente ni indicando por qué el testimonio de la víctima es plenamente creíble en unos casos y no lo sería en otros (i.e. en referencia a las penetraciones).

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, los Procuradores Sr. Romero Gómez y Sr. Barrios Sánchez presentaron escrito de impugnación de contrario; el Procurador Sr. Coto Domínguez presenta escrito de impugnación al recurso formulado por Dª Esther; el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión en su escrito de fecha 16 de marzo de 2022; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Diligencia de Ordenación de 13 de enero de 2023 se dio traslado al recurrente por término de ocho días para que adapte, si lo estima procedente los motivos de casación alegados, a la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre; presentaron escritos de alegaciones la representación procesal de Juan Ramón mediante escrito de 25 de enero y la representación procesal de Esther el 30 de enero; dado traslado de los escrito al



Ministerio Fiscal por los fundamentos expuestos en su escrito de 3 de febrero manifiesta que no resulta más beneficiosa para el acusado la nueva redacción del Código Penal dada por LO 10/2022.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 13 de junio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Juan Ramón

PRIMERO.- Recurre en casación la representación procesal de D. Juan Ramón la sentencia núm. 274/21 de 9 de julio dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, que le condena como autor de un delito de abusos sexuales continuados de los artículos 181 nº 1 y 5, en relación con la circunstancias 3ª del apartado 1 del artículo 180, y artículo 74, todos ellos del C.P. a la pena de 2 años, 6 meses y 1 día de prisión; y como autor de otro delito de abuso sexual en grado de tentativa, previsto y penado en el artículo 181 apartados 1, 4 y 5, éste último en relación con el artículo 180.1 apartado 3º y artículos 16 y 62 del Código Penal a la pena de 21 meses y 1 día de prisión.

1. El primer motivo que formula es por infracción de ley, por indebida inaplicación del art. 14.1 del Código Penal, es decir, error de tipo, en el sentido de que D. Juan Ramón desconocía el grado de discapacidad de Dª Esther para prestar un consentimiento válido en orden a mantener relaciones sexuales.

Alega que con independencia de la existencia de una discapacidad en Dª Esther, la realidad es que, cuando se desarrollaron los hechos que nos ocupan, ni D. Juan Ramón ni ninguno de los testigos que han depuesto en el presente procedimiento ni siquiera sospechaban que ella no estuviera capacitada para mantener relaciones sexuales consentidas; sino que es en el informe médico forense emitido el 01/04/16 por un especialista a instancias del Juzgado de Instrucción donde se determina esa limitación "para entender plena y adecuadamente las relaciones sexuales en todas sus aristas, siendo en este sentido vulnerable a requerimientos externos ajenos a su voluntad, presentando una capacidad para consentir menoscaba en virtud de las limitaciones que presenta" (folios 303 y 304).

Menciona al efecto a Dª Bárbara, desde 2008 Psicóloga de los Servicios Sociales del **Ayuntamiento** de Albaida del Aljarafe donde trabajaban tanto Dª Esther como D. Juan Ramón; Dª Agustina, compañera de trabajo; D. Justo, trabajador del **Ayuntamiento**; Informe elaborado por la Guardia Civil el 16/09/15; e inclusive, también alude a D. Leovigildo que conocía que su prima Dª Esther padecía el síndrome de X frágil y tenía declarado un grado de incapacidad, pensaba que Dª Esther podía tener la capacidad de mantener una relación libre y consentida.

2. El recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba.

Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

De modo que resulta inviable no respetar los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, ya sea modificándolos radicalmente en su integridad, o alterando su contenido parcialmente, o condicionándolo o desviándolo de su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

3. El relato de hechos probados al que resulta pues, obligatorio estar, recoge:

Esther presenta un nivel intelectual por debajo de la media poblacional lo que es fácilmente perceptible por terceras personas, retraso mental leve-moderado en el contexto del síndrome X frágil que padece, con déficit instructivo, posee una personalidad inmadura que no alcanza a tener el suficiente nivel intelectual, madurativo y emocional para entender plena y adecuadamente las relaciones sexuales, siendo en este sentido vulnerable a requerimientos externos ajenos a su voluntad, presentando una capacidad para consentir menoscabada en



virtud de las limitaciones que presenta; todo lo cual facilitó la comisión de los anteriores hechos por el acusado, quien conocía a Esther, siendo consciente de sus limitaciones, y a su familia desde muchos años atrás.

Mientras que el recurrente, sin sustento en el *factum*, basa su recurso en que desconocía esa circunstancia.

4. De conformidad con la naturaleza y límites de este motivo casacional, antes enunciado, el motivo de inadmisión en que incurre el recurrente, ex art. 884.3º, deviene ahora en causa de desestimación.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula por error en la valoración de la prueba, al amparo del art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues no se ha considerado que la minusvalía de Dª Esther no fue conocida hasta fecha posterior a los hechos por los que se ha enjuiciado al acusado.

1. Como sustento del error cita de nuevo todos los testimonios antes enumerados, con la adición del prestado por el Alcalde del **Ayuntamiento** de Albaida D. Roque quien manifestó que Esther se dirigía personalmente a él para solicitarle vacaciones o cualquier otra cosa que necesitara, que se desconocía su discapacidad, que él tuvo conocimiento de la misma el 07/09/15, que ella se vale por sí misma y realiza todas las tareas que le están encomendadas, que no sospechaba que tuviera ningún menoscabo, que si bien no es la más la lista del **ayuntamiento** hay personas que tienen la misma capacidad, que los hay peores que ella y que Esther no tiene un trato diferenciado al resto de los trabajadores; así como las manifestaciones de la Asesora Jurídica del **Ayuntamiento** Dª Eva.

2. El ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim, se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

Pero debe sustentarse en documento por 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, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento. De modo que resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

Mientras que carecen de naturaleza de documento a estos efectos casacionales, las pruebas personales, como, las declaraciones testificales por muy documentadas que estén; así como los informes periciales, igualmente, en cuanto que pruebas personales, no integran naturaleza de documento literosuficiente a estos efectos; aunque la jurisprudencia de forma excepcional ha admitido como tal el informe pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, lo que no es el caso.

3. De otra parte, la inclusión que pretende el recurrente, "la minusvalía de Dª Esther no era públicamente conocida cuando ocurrieron los hechos enjuiciados", nada alteraría pues lo relevante es que lo conociera el acusado.

Y pese a la revalorización probatoria que realiza el recurrente de los referidos testimonios, existe abundante prueba en contra (que imposibilita conforme el último párrafo del art. 849.2º, el éxito de esta vía) de la consideración que pretende suprimir de ser consciente de las limitaciones de Dª Esther; concorde resulta de la motivación valorativa de la sentencia de instancia sobre este extremo:

Las peculiaridades personales de Esther y su vulnerabilidad eran conocidas por el acusado, actuando a sabiendas de ello.

Avala esta conclusión el informe pericial forense en el que se concluye que la carencia de capacidad para consentir de Esther podía ser percibida por terceros tras una conversación no necesariamente larga. A este respecto Juan Ramón ha declarado que en 1995 entró como trabajador continuo para el **Ayuntamiento** y también lo había hecho con anterioridad desde aproximadamente 1985, siendo así que Esther ya estaba desempeñando tareas de limpieza antes que él, habiendo quedado acreditado que ambos coincidían durante la jornada laboral con motivo de las tareas que ambos tenían asignadas. No se trataba, por tanto, de contactos puntuales ni breves, habiendo manifestado el acusado que trabajó con Esther en una primera fase de unos 8 a 10 años, en que fue despedida, y luego otros 8 años más.



Ambos se conocían del pueblo, tratándose de una localidad de pequeñas dimensiones, conociendo Juan Ramón tanto a la víctima como a su familia, algunos de cuyos componentes presentaban el mismo síndrome que el de Esther, lo que era también conocido.

Además, el encausado por ser coordinador de fútbol de tarde en la corporación local, era compañero en el área de deportes de un familiar directo de Esther, Leovigildo, con quien conversaba, coincidiendo en muchas ocasiones, manifestando el mismo que todo el mundo en Albaida conocía que Esther tenía una discapacidad y por supuesto también Juan Ramón, que le reconoció que había metido la pata con Esther.

De las testificales de Leovigildo, Camilo, Bárbara, Eva y Sandra, practicadas en el acto del juicio en términos de regularidad procesal se desprende que en el pueblo eran de sobra conocidas las deficiencias de Esther y que ello se comentaba.

Camilo también ha manifestado que a Esther se le ve y se le nota que no es como las demás personas, presentando dificultades para realizar cosas muy sencillas (el uso de la manguera) y aunque se le explicara algo un día, al día siguiente ya lo había olvidado, sin que fuera posible no darse cuenta de su minusvalía.

Este Tribunal también ha visualizado la discapacidad de Esther, resultando la misma evidente, como ya se ha explicado anteriormente.

El propio acusado ha dado muestras de tener perfecto conocimiento de las circunstancias de la víctima, manifestando que Esther tenía uno o dos años menos que él, que no había tenido ningún novio, que conocía a todos los miembros de su familia y a sus sobrinos a los que se les veía a la legua que estaban mal (refiriéndose así a la minusvalía que estos padecían) y que ella era "pava", debiendo explicarle las cosas o procurando que le acompañara otra compañera para que ella se fijara y le ayudara. Habida cuenta que Juan Ramón era quien le daba las instrucciones y la acompañaba los sitios donde Esther debía realizar las tareas de limpieza, es imposible que no se percatara de las dificultades de la misma para desarrollarlas (uso de la manguera, empleo de llaves para acceder a las dependencias, imposibilidad de realizar sumas o restas sencillas etc.), de su discapacidad, no resultando necesario para tal percepción el conocimiento exacto del diagnóstico de la dolencia que la aquejaba.

El motivo se desestima.

TERCERO.- El tercer motivo se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J., por violación del art. 24 de la Constitución Española, en concreto del derecho a la presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo", ya que se han ignorado flagrantemente las pruebas que favorecen al acusado.

1. Como ejemplo, manifiesta, baste citar que ni siquiera se ha valorado el hecho de que D^a Esther reconociese que, en ocasiones, decidía no mantener relaciones con el acusado y, consecuentemente, éstas no se llevaban a cabo.

Añade que sus declaraciones D^a Esther incurrió en varias contradicciones, que las señala así:

En su primera declaración el 03/09/15, D^a Esther no especifica qué tipo de relaciones sexuales mantenían antes del incidente del polideportivo de 31/08/15, respecto del que indica que "me pidió que se la chupara también" (folio 39).

En su declaración del 03/11/15 manifiesta que le "metía la mano por debajo de la ropa y tiraba de sus bragas para metérselas por sus partes" Luego, refiriéndose al 31/08/15, dice que "le agarró los pechos y se sacó sus partes y le pidió que se las tocara y que se la chupara, que tuvo que hacerlo porque él la obligaba apretándola con fuerza y con mucha agresividad". Posteriormente indica que "Que en el campo de fútbol se bajó los pantalones para que se la tocara y que después de acabar se marchó. Que por lo menos siete veces más la ha obligado a mantener relaciones con penetración. Que por detrás una vez. Que muchas veces la ha obligado a hacerle felaciones".

Sin embargo, en la vista D^a Esther sostuvo que los tocamientos eran siempre por encima de la ropa (minuto 15:45, parte 1, video 2º), que no había hecho ninguna masturbación (minuto 16:00, parte 1, video 2º) y que el día del polideportivo no hubo felación (minuto 21:10 parte 1, video 2º).

De manera, que incluso la propia Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, ante las contradicciones de D^a Esther, no le da completa credibilidad en lo atinente a la naturaleza de las relaciones sexuales; y niega que cumplimente ellos criterios habituales para otorgar consideración de prueba de cargo a la declaración de la víctima.

2. La sentencia recurrida, indica que en el presente caso ha quedado acreditado el elemento objetivo consistente en los tocamientos de los que el procesado hacia objeto a Esther, así como los que ella debía



hacerle a él en el pene y que los mismos tenían un claro contenido sexual; y que nos hallamos ante una falta de consentimiento caracterizadora del abuso; justificando así su conclusión valorativa:

Este Tribunal le otorga plena credibilidad a las manifestaciones efectuadas por Esther al describir que Juan Ramón la llevaba en el coche, al polideportivo o a la nave donde se encontraban las carrozas, la metía en el cuarto de baño y "abusaba" de ella, sin que ella quisiera ser objeto de tocamientos o de hacérselos a Juan Ramón, sufriendo mucho por ello durante el tiempo en que esto ha sucedido y pasando miedo, no contándose a nadie.

La falta de aquiescencia de Esther para la realización de las conductas de carácter sexual a las que le sometía Juan Ramón ha quedado también acreditada por las testimoniales de Bárbara, Eva, Sandra y Leovigildo, a los cuales les puso de manifiesto poco después de acontecido el último episodio, con motivo de la información reservada efectuada por la corporación local, que ella no quería tener este tipo de comportamientos con Juan Ramón y que se hicieron sin su consentimiento.

A lo que debemos añadir, no solo la referencia, sino la apreciación directa de Camilo reseñada en el hecho probado (oyó a Esther decir con voz angustiada "que no puedo, que no puedo" y al acusado "venga chupa, venga chupa, venga chupa ahí", contestando Esther "no, no"), donde resulta patente que ante la negativa reiterada de Esther no bastaba para que el acusado dejara de imponer su sexual y abusivo comportamiento. Episodio, indica la Audiencia, donde dicho testimonio corrobora las manifestaciones tanto de Esther como de Juan Ramón, quien ha reconocido el episodio, llegando a admitir la existencia de contacto entre los labios de Esther y su pene.

De igual modo, justifica la concurrencia de especial vulnerabilidad de la víctima:

A tenor de la pericial efectuada por los Sres. médicos forenses, ratificada y ampliada en la vista oral por el doctor Humberto, Esther presenta un nivel intelectual por debajo de la media poblacional, retraso mental leve- moderado en el contexto del síndrome X frágil que padece, con déficit instructivo, posee globalmente una personalidad inmadura, con deficitario nivel de experiencias vitales, de conocimiento teórico y práctico de muchas cuestiones como la sexualidad y la sociabilidad, poseyendo, no obstante, un juicio adecuado de la realidad pero ajustado a su perfil. No alcanza a tener el suficiente nivel intelectual, madurativo y emocional para entender plena y adecuadamente las relaciones sexuales, siendo en este sentido vulnerable a requerimientos externos ajenos a su voluntad, no disponiendo de herramientas personales para oponerse activamente y mantener su posición. Presenta una capacidad para consentir menoscabada en virtud de las limitaciones que presenta. Es una persona muy inocente y sugestionable, sobre todo por personas con las que tenga cierta proximidad o afinidad, no puede tener malicia en ciertas situaciones sociales por lo que es más vulnerable, como sucedería con un compañero de trabajo con el que comparte tareas desde hace muchos años.

No tiene capacidad para entender las relaciones sexuales maduras y sus consecuencias (por ejemplos los riesgos médicos que suponen), sin capacidad para discernir lo justo o injusto en una relación cercana y menos cuando es de carácter sexual, careciendo de capacidad para consentir.

Esta carencia de capacidad para consentir puede no percibirse por terceros en un encuentro puntual, pero sí en el transcurso de una conversación de 10 a 15 minutos, máxime si se trata de una relación de muchos años, salvo que la otra persona tenga a su vez una deficiencia que dificulte esa comprensión (lo que no consta que sea el caso de Juan Ramón).

En ningún caso, añade la pericial forense, han observado que Esther presente síntomas psicóticos con ideas delirantes o alucinaciones que pudieran interferir en la realización de un relato verídico, constatando que el que hizo ante los doctores no difería del que se reflejaba en autos, sin que fantaseara o inventara, constando que sólo seguía tratamiento para un síndrome ansioso- depresivo.

A pesar de sus limitaciones psíquicas, Esther presenta cierta autonomía para muchas cuestiones ordinarias, como las propias del autocuidado y similares, porque lleva años con un patrón de aprendizaje basado en la repetición de las conductas. Sin embargo, cuando se trata de actividades novedosas o de cierta complejidad en las que hay que barajar varios datos tendría serias dificultades y necesitaría ayuda.

Sobre este particular personas cercanas a la víctima, como en el caso de su primo Leovigildo, el mismo ha manifestado que aunque viva sola no puede considerarse completamente autónoma, precisando del apoyo de otras personas como, por ejemplo, no puede encender el móvil porque no recuerda el pin. Sandra ha descrito que no podían dejarle las llaves de las dependencias a las que precisaba acceder porque las perdía todas las semanas y no acertaba a meter la llave en la correspondiente cerradura, cuando sólo existían cuatro cerraduras, por lo que debía ir acompañada, conociendo que le han cortado la luz porque se le ha pasado el plazo para pagarla.



La víctima tiene reconocido el 65% de grado de discapacidad y un 60% de limitaciones de actividad (folios 199 y siguientes).

Y a su vez, la Audiencia, motiva que no entendiera probado que, además de los tocamientos que Juan Ramón efectuó en las zonas genitales de la víctima, existieron felaciones y penetraciones:

Este Tribunal, sin embargo, no ha alcanzado la convicción suficiente respecto a que se hubieran producido tales penetraciones, sin que tales dudas puedan perjudicar al reo.

Y ello por cuanto que si bien Esther en el acto del juicio, en consonancia con sus manifestaciones durante el sumario, ha relatado que además de haber sufrido los tocamientos lascivos a los que la sometía el acusado, éste "llegó meter sus partes en las partes de la declarante", "le metió sus partes por atrás", "me metió la mina por el culo", "me bajaba los pantalones y me la metía por detrás", ha de entenderse que tales afirmaciones deben de ser interpretadas de acuerdo con las características personales de quien las relata. A este respecto Esther no concreta cómo se produjeron aquellas penetraciones o si solamente el procesado se apretaba por detrás contra ella, pegándole su miembro viril. Sus afirmaciones al respecto carecen de todo tipo de detalle y ha de tomarse en consideración que la misma carecía de experiencia sobre la materia afirmando que no sabía lo que era tener un novio, ignorando el contenido de ciertas prácticas sexuales, careciendo de capacidad para entender las relaciones sexuales, y sin que, en cualquier caso, haya descrito penetraciones bien por vía anal o vaginal.

3. Tal motivación, aun cuando no otorga valor acreditativo a parte de las manifestaciones de D^a Esther, en modo alguno, en la forma motivada que se hace conlleva que debe proyectarse sobre la integridad de su testimonio.

En la dialéctica: afirmación (del testigo único), negación (del acusado), se impone, para conjurar dichos riesgos, una aproximación en particular exigente en el ámbito propio de la valoración probatoria. Precisamente, con objeto de coadyuvar a la adecuada ponderación de esta prueba única de cargo, el Tribunal Supremo ha venido proporcionando unos criterios orientativos, reunidos en el conocido como "triple test", que arrancan del entendimiento de que no basta con que quien denunció unos determinados hechos (denuncia que, por descontado, no es un medio de prueba sino, precisamente, lo que ha de ser objeto de prueba), los reproduzca ante el Tribunal para que, pese a la insistente negativa del acusado, se declaren aquellos acreditados.

Lo decisivo es comprender que, en la valoración probatoria efectuada por el Tribunal, a partir de estos criterios sucintamente expuestos, no será lo relevante la impresión, por definición subjetiva y de perfiles indefinidos, que los integrantes del órgano jurisdiccional puedan alcanzar tras presenciar el desarrollo del juicio. No son lo importante sus intuiciones o las sensaciones que obtengan acerca de cuál de los relatos, irreconciliables entre sí, a los que han atendido, se corresponde con lo que sucedió en realidad. Lo decisivo son las razones que sustentan esa convicción, los motivos que justifican la decisión adoptada, de forma que resulten comprensibles y potencialmente compartibles por la generalidad. Para que se proclame enervada la presunción de inocencia, hemos repetido muchas veces: no es lo importante creer, sino que existan, y sean expresadas, razones para creer. Tal como se han expuesto en el caso de autos.

Precisamente por ello, en el trance de valoración del testimonio único, indicamos que deberá ponderarse su credibilidad subjetiva, --cuidando de reparar en la posible existencia de móviles o propósitos espurios que pudieran estar animando el testimonio; y ponderando también las cualidades personales del testigo vinculadas a su capacidad de percepción--; su credibilidad objetiva, --que tomará en cuenta la solidez y persistencia de su relato--; y analizando, por último, el posible concurso de elementos objetivos, en tanto ajenos a la sola voluntad del testigo de cargo, que pudieran corroborar, al menos, ciertos aspectos colaterales o periféricos del relato (ya que no los nucleares pues, en tal caso, no estaríamos, en realidad, ante un testimonio único); los tres elementos o parámetros valorativos que han venido a conformar lo que la práctica forense conoce ya, por economía en el lenguaje, como "triple test".

Pero a su vez, precisamos, que aunque se trata de un expediente útil en el marco de la valoración probatoria, no deben ser maximizados sus efectos, ni mucho menos aún debe incurrirse en una especie de "valoración taxonómica" de la prueba, compartimentándola en tres (o más) "requisitos", ni analizarse cada uno de aquellos parámetros como condiciones de posibilidad al efecto de que el testimonio único pueda (o no pueda) enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, de tal manera que "si y solo si" cuando concurren aquellos se producirá este efecto; y cuando alguno falta no será, en cambio, posible reputar enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

De manera que la deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro. En autos, tal como desarrolla la motivación la Audiencia, la ponderación global del triple test, dista de ser deficitaria.



4. En definitiva, media motivación racional sobre la existencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, mientras que el recurrente, se limita a concluir una diversa valoración atendiendo a ponderar exclusivamente extremos que entendía, le favorecían; pero todos ellos ya habían sido analizados por la Audiencia, ateniéndose a criterios lógicos, sin que la disensión valorativa esgrimida por el recurrente haya sido acompañada más allá de simples alegatos, con argumentos que posibilitaran entender como irracional la valoración vertida en la sentencia; por lo que el motivo necesariamente se desestima.

CUARTO.- El cuarto y último motivo lo formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley ya que en caso de condena debía haberse aplicado el art. 21.6 del Código Penal y subsiguientemente el art. 66.1.2º del mismo cuerpo legal.

1. Alega que desde la interposición de la denuncia hasta la celebración del juicio transcurrieron casi seis años sin que existieran causas que justificaran tan excesiva dilación.

2. Impugna el motivo el Ministerio Fiscal porque se trata "de una cuestión no suscitada en la instancia sobre la que no consta particular alguno en la resolución, al no haber sido alegada. De modo que el planteamiento *per saltum* ha eludido el debate contradictorio y el sometimiento de la cuestión a los principios rectores del acto del plenario y, más aún, al pronunciamiento por el Tribunal sentenciador. De ahí que, no tratándose de un plazo extraordinario, ni declarándose probada paralización de la causa, como tampoco que a esa prolongación haya sido ajena la actuación procesal del recurrente, no cabe sino el rechazo de plano de la queja".

3. Dadas las circunstancias procesales expuestas, la coincidencia con la época de pandemia por Covid-19 y que en la individualización de la pena ya ha sido ponderada la dilación en la tramitación, imponiéndose en su umbral mínimo, creciendo por ende de relevancia e igualmente debe desestimarse este motivo.

Irrelevancia, aunque se hubiere considerado todos los ilícitos contemplados como un solo delito continuado (posibilidad no instada por el recurrente), pues entonces la infracción delictiva más grave sería la tentativa de abusos con penetración, que al aplicarse en la mitad superior al ser la víctima especialmente vulnerable y otra mitad superior por la continuidad y degradarse en un grado (pues la justificación de rebajar en dos grados, fue la falta de integración en el continuum), otorga ya un mínimo equivalente a la suma de las dos condenas impuestas.

Recurso de D^a. Esther

QUINTO.- También recurre en casación la víctima, que formula un primer motivo donde engloba dos cuestiones.

1. En la primera, reprocha la inaplicación de la agravación específica de prevalimiento.

Alega que frente a la doctrina jurisprudencial citada en la sentencia, a continuación exprese " *En el presente caso, si bien el acusado podía dar instrucciones y supervisar los trabajos desempeñados por la víctima, entendemos que no se dan las notas características del prevalimiento derivado de una situación de superioridad en el ámbito laboral, toda vez que no consta que el acusado fuera superior jerárquico de Esther, así como que la ejecución de las acciones lascivas por parte de Juan Ramón se vieron favorecidas, más que por la superior posición laboral del mismo, por la vulnerabilidad de la víctima* ". Entiende el recurrente que la sentencia se sujeta a un formalismo, cuando lo más relevante es la percepción de la víctima (directamente supervisada en su trabajo y dirigida, "cuidada", se llega a decir en las testificales por el condenado). Y siendo cierto que la víctima era extremadamente vulnerable, también lo es que el agravante de prevalimiento es compatible con tal circunstancia también apreciada.

2. Nos encontramos ante una pronunciamiento, referido a una agravación específica, de contenido absolutorio, resulta de aplicación la jurisprudencia constitucional y del TEDH, que establece que no es dable trocar la valoración probatoria o cambiar el apartado fáctico de la resolución recurrida, sin haber practicado prueba alguna y sin oír a los acusados (SSTEDH recaídas en los asuntos *Lacadena Calero, Valbuena Redondo, Serrano Contreras, Vilanova, Nieto Macero, Román Zurdo, Sainz Casla, Porcel Terribas, Gómez Olmeda, Atutxa*, etc.); y esa consideración intangible del relato de hechos probados la extiende también en estos supuestos, a las afirmaciones fácticas, o mejor, elementos de naturaleza factual (STEDH *Almenara Álvarez c España*, de 25 de octubre de 2011 , § 49) contenidos en la fundamentación de la resolución (STS 340/2021, de 23 de abril; o 586/2021, de 1 de julio); así como a la inferencia sobre los elementos subjetivos (STEDH, caso *Camacho Camacho c. España*, de 24 de septiembre de 2019; caso *Atutxa Mendiola y otros c. España*, de 13 de junio de 2017 ; caso *Porcel Terribas y otros c. España*, de 8 de marzo de 2016 ; caso *Lacadena y otros c. España*, de 22 de noviembre de 2011),.

3. Consecuentemente afirmado la sentencia, como indica el propio recurrente que los abusos *que no se dan las notas características del prevalimiento derivado de una situación de superioridad en el ámbito laboral, toda vez que no consta que el acusado fuera superior jerárquico de Esther* ; tal doctrina jurisprudencial, sin haber



celebrado prueba en esta sede, no resulta posible entender que media esa superioridad laboral por parte del acusado y que se prevaleció de la misma. El motivo se desestima.

SEXTO.- En cuanto a la insuficiencia de la cuantía indemnizatoria, cuestión exclusivamente atinente al ámbito civil, donde no obra la limitación referida para la responsabilidad penal, integra otro apartado o submotivo en el primer motivo de esta recurrente. Hemos indicado que con carácter general corresponde su fijación al Tribunal de instancia, de manera que no es, por lo general, revisable en casación, pues, al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva (STS nº 262/2016, de 4 de abril). En esa resolución y otras muchas (p. e. 7/2023, de 9 de enero) se enumeran los supuestos en los que sería posible rectificar la determinación de la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia de instancia, entre los que cabe señalar: "1º) cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente.

Ciertamente, la exigua cantidad de 3.000 euros, permite entenderlo en cuarta categoría de las antes enumeradas.

Se recoge en la sentencia 349/2023 de 11 de mayo que la fijación de una indemnización por daños morales es impermeable a criterios reglados o aritméticos, incompatibles con la propia naturaleza del daño no patrimonial causado, que por esa razón sólo puede ser compensado, nunca reintegrado. En esos casos sólo cabe el arbitrio judicial y nuestro control sólo puede situarse en la corrección de la indemnización fijada cuando ésta sea desproporcionada, entiendo por tal aquella que se aparta de estándares habituales.

Lógicamente, hemos de entender tanto en caso de desproporción manifiesta por exceso como por defecto. Mientras que cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin ser exactos, se mueven en torno a pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan "x" euros y no una cantidad ligeramente superior, o ligeramente inferior. Solo cuando la cantidad fijada está huérfana de la más mínima fundamentación, y, además, se aparta de estándares habituales o comprensibles, resulta posible la revisión.

La sentencia en relación a este contenido, únicamente expresa: *La jurisprudencia, es unánime en tal sentido, reconociendo el derecho de reparación e indemnización de los ataques a los derechos de la personalidad, entre ellos, los que afectan a la libertad sexual. Esa responsabilidad debe ser la adecuada para compensar el sufrimiento moral padecido por la víctima en el momento en que aquellos actos tuvieron lugar y con posterioridad a que se produjeran. Para la fijación de esta cantidad se ha tomado en consideración las cantidades solicitadas por el Ministerio Fiscal (3.000 euros) y la acusación particular (100.000 €) la cual se considera notoriamente excesiva, la entidad, el tiempo durante el que se produjeron los hechos y la no constancia de que los mismos hayan dejado secuelas en la víctima.*

En esa resolución 349/2023, no por criterio de esta Sala Segunda, sino en referencia a la establecida en la instancia en otros procedimientos por abusos sexuales de 60.000 euros, 30.000 y 20.000, según casuística.

En otras ocasiones, SSTS 151/2022, de 22 de febrero ó 102/2021, de 5 de febrero, hemos indicado que 5.000 euros era muy inferior a la que habitualmente es concedida en supuestos similares. En el ATS 1131/2021, de 18 de diciembre, la indemnización establecida en instancia, fue de 8.000 euros; y en el ATS: 373/2021, de 22 de abril, fue de 10.000 euros.

De otra parte, hemos indicado en sentencias como la 711/2020, de 18 de diciembre o la 445/2018, de 20 de octubre, que en relación a los daños morales con cita de las SSTS 489/2014 de 10 de junio, 231/2015 de 22 de abril, 957/2016 de 19 de diciembre y 434/2017, de 15 de junio, reseña que la jurisprudencia de la Sala Primera entiende de aplicación la doctrina *in re ipsa loquitur*, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente"; es decir, "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", acogida en numerosas resoluciones (SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006, 12 de junio de 2007, etc.); así como que esta Sala Segunda, en argumentación paralela, entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños



desprovistos de certidumbre o seguridad (SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo; núm. 105/2005, de 29 de enero).

El daño moral, en caso como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. En su consecuencia, como indica la STS 702/2013 de esta Sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS 744/1998, de 18 de septiembre); siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad (STS 1490/2005, de 12 de diciembre).

Consecuentemente, a pesar de la diversidad de cuantías y supuestos concretos, que impiden ahora configurar un criterio general, aunque algo informan; y dado que en el caso de autos, donde se declaran probados ocho episodios de abusos y uno más de tentativa de penetración, así como la situación de especial vulnerabilidad de la víctima, a falta de otros indicadores, aun con la moderación que resulta de la casuística, la indemnización no debe resultar inferior a 20.000 euros.

Por lo que se estima parcialmente este motivo.

SÉPTIMO.- El último apartado que desglosa el primer motivo es el referido a la responsabilidad civil subsidiaria del **Ayuntamiento**.

1. La argumentación nuclear que esgrime no viene referida directamente al contenido del art. 121 CP, pues se refiere al desprecio del **Ayuntamiento** a la condición de la víctima, agravado por la actitud documentada en el proceso del **Ayuntamiento** como empleador, que ya venía abusando laboralmente de la empleada y que ha pretendido prescindir de sus servicios sin cumplir con la normativa laboral siendo condenado en la Jurisdicción Social, y con las consecuencias previsibles de sutiles manipulaciones en pro de que la víctima, cuyos derechos como ya se ha dicho, han sido menos protegidos que los del condenado, abandone el puesto de trabajo, algo ya intentado en el pasado y por la misma corporación.

En todo caso, resulta obligado analizar el juicio de subsunción, donde el presupuesto fáctico de la infracción de ley alegada, resulta ahora, en cuanto a responsabilidad civil se refiere tanto del apartado de hechos probados, como de cualquier indicación fáctica vertida en la fundamentación, siendo de especial interés al motivo que:

*El procesado ya circunstanciado Juan Ramón en los años 2014-2015 prestaba sus servicios laborales en tareas de limpieza para el **Ayuntamiento** de Albaida del Aljarafe, coincidiendo por este motivo con la también trabajadora del mismo Esther .*

Al inicio o durante la jornada laboral, aprovechando que ambos se encontraban solos en las dependencias en las que se desempeñaban los trabajos, tales como el polideportivo, el colegio, la casa de la cultura o en unas naves de la corporación local, con ánimo lascivo, el procesado le ha tocado los pechos a Esther así como otras zonas de su cuerpo, se ha aproximado por detrás frotándose contra ella y se ha sacado su pene tocándosele Esther ...

La víctima tiene reconocido el 65% de grado de discapacidad y un 60% de limitaciones de actividad).

Ambos coincidían durante la jornada laboral con motivo de las tareas que ambos tenían asignadas; y era Juan Ramón era quien le daba las instrucciones y la acompañaba los sitios donde Esther debía realizar las tareas de limpieza. El acusado podía dar instrucciones y supervisar los trabajos desempeñados por la víctima, si bien no era superior jerárquico de Esther ,

Tanto el acusado como la víctima eran operarios del área de limpieza de la corporación local de la localidad de Albaida del Aljarafe. Los atentados contra la indemnidad sexual de Esther se produjeron antes y durante la jornada laboral, en dependencias dependientes de la corporación o en un vehículo, cuya titularidad no ha quedado esclarecida.

2. Entiende la sentencia recurrida, que no se dan los presupuestos del art. 121 CP, y tras cita para obtener tal conclusión de la STS 15/2013, de 16 de enero, expone:

Tanto el acusado como la víctima eran operarios del área de limpieza de la corporación local de la localidad de Albaida del Aljarafe. Los atentados contra la indemnidad sexual de Esther se produjeron antes y durante la jornada laboral, en dependencias dependientes de la corporación o en un vehículo, cuya titularidad no ha quedado esclarecida.

En modo alguno existe relación causal entre los trabajos que habían de desempeñar ambos trabajadores y los abusos sexuales perpetrados.



Los ilícitos cometidos ninguna relación guardan con los cometidos que debía de desempeñar Juan Ramón con motivo de su trabajo, ni con el funcionamiento o la prestación del servicio público que le estaba confiado a dicho trabajador.

No consta que Juan Ramón poseyera antecedentes por comisión de otros ilícitos ni, en concreto, de atentados contra la libertad sexual, por lo que ninguna prevención especial cabía adoptar ni siquiera desde el punto de vista de la previsibilidad, o del deber de vigilancia y control de quienes eran empleados municipales. Tampoco se ha puesto de manifiesto o explicitado que obligación ha incumplido el **Ayuntamiento** o en qué infracción de los reglamentos de policía o de disposiciones de la autoridad pudo incurrir que estén relacionadas con los ilícitos perpetrados, de manera que adoptando una u otros se hubiera podido evitar la comisión de los mismos.

3. Sin embargo, tal interpretación, no se acomoda a la evolución jurisprudencial ateniendo al art. 121 CP

Valga anticipar, los criterios expuestos en la STS 765/2021, de 13 de octubre para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, en este caso el **Ayuntamiento** de Albaida del Aljarafe.

A partir, del texto del artículo 121 del Código Penal que dispone: " *El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria*", nuestra jurisprudencia tiene expresado que el fundamento de esta responsabilidad civil de los organismos públicos se caracteriza por la falta de adopción de las medidas de control para evitación de ilícitos criminales dentro del ámbito de la organización de la entidad pública responsable, lo que ha dado origen a los clásicos parámetros de la culpa in vigilando o in eligendo, así como al de la creación del riesgo.

Y hemos expresado que los requisitos para que surja esta responsabilidad son:

- a) Que la persona declarada responsable del delito haya de responder por la causación de los daños producidos;
- b) Que esta persona sea autoridad, agente y contratados de la misma o funcionario público;
- c) Que al actuar estuvieran en el ejercicio de sus cargos o funciones; y
- d) Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados.

Requisitos todos cumplimentados en autos:

- a) La persona declarada responsable del delito ha sido condenada a indemnizar a la víctima por los daños ocasionados.
- b) La persona declarada responsable del delito es dependiente laboralmente del **Ayuntamiento** de Albaida del Aljarafe.
- c) En el momento de la comisión del delito desarrollaba los quehaceres propios encomendados a su labor de limpieza e indicación a la víctima de sus tareas y ulterior revisión del acabado.
- d) El servicio público municipal se prestaba a través del Polideportivo, para el desarrollo propio de las actividades de esparcimiento que su denominación designa (donde tal denominación indica habitualmente las de actividad física y partícipe o mero espectador de las actividades de que se programaran), donde el responsable del delito tenía encomendada la tarea auxiliar pero imprescindible para el desarrollo de las mismas, como eran las tareas de limpieza; y es con ocasión directa de las mismas, en la actividad de reparto o indicación del trabajo y supervisión de estas tareas que abusa de su compañera, persona de especial vulnerabilidad.

Recuerda aquella resolución que la exigencia de vinculación funcional fundamenta la obligación indemnizatoria de la Administración, delimita como esfera de exigencia de su responsabilidad el contexto temporal y espacial en el que la actividad funcional, en este caso laboral, está sujeta a supervisión y control disciplinario, por más que el funcionario se extralimite o desborde la tarea encomendada para cometer la actividad delictiva.

En autos, la declaración de responsabilidad civil del **Ayuntamiento** observa debidamente los límites marcados por la STS 360/2013: *Se ha llegado también a declarar la responsabilidad civil subsidiaria basada, ya no en la culpa in eligendo, in vigilando o in educando, sino en el principio de creación del riesgo. La aceptación*



de tales presupuestos y matizaciones no significa, sin embargo, la aplicación "in genere" de los mismos, sino una activación casuística que, analizando las circunstancias de cada caso perfila adecuadamente el alcance de la estructura de responsabilidad que sobre aquéllos pueda constituirse para, por un lado, evitar impunidad económica en virtud de superadas restricciones interpretativas y, de otro, impedir que, a través de la responsabilidad civil subsidiaria de los entes públicos, se consoliden abusivos criterios indemnizatorios no obstante estar ausentes alguna de sus exigencias, como son la dependencia de los agentes o la actuación en el ejercicio de las funciones propias del cargo, aun extralimitándose en ellas.

En el mismo sentido la STS 235/2021, de 12 de marzo, con cita de STS 778/2015, de 18 de noviembre) señala que "[...] las dudas que pudieran surgir en los juicios fácticos hipotéticos que acaban de describirse siempre habría que interpretarlas a favor del reo en el ámbito de la responsabilidad penal, pero no en el marco de la responsabilidad civil, tal como ya se expuso supra. En efecto, las dudas que pudieran permanecer en ese ámbito sobre la omisión de diligencia del garante de la seguridad y sobre la evitabilidad del resultado han de interpretarse a favor del perjudicado o del sujeto pasivo del delito, ya que se trata de resarcir a la víctima por una negligencia de índole civil y no penal, responsabilidad resarcitoria que no debe ser limitada por presunciones y reglas de juicio propias para dirimir la responsabilidad penal (presunción de inocencia e in dubio pro reo) [...]"

En autos, claramente se describe como probado que el responsable del delito, empleado laboral del **Ayuntamiento**, en el desempeño de las actividades encomendadas por su empleador, la limpieza del Polideportivo, se extralimitó en estas funciones al abusar de la compañera de trabajo a la que indicaba sus tareas de limpieza y supervisaba la tarea realizada. Y al empleador le compete establecer las condiciones de seguridad frente al acoso sexual en el trabajo, existiendo una expresa obligación positiva al respecto en el art. 48.1 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En la sentencia citada, 360/2013, se declara la responsabilidad civil del Estado por los daños derivados de las lesiones ocasionadas por un funcionario de prisiones que entró en el gimnasio en donde varios internos practicaban boxeo; se mostró entendido en la materia, convino con un interno un juego de marcaje de golpes de boxeo sin impacto real y, provisto de los correspondientes guantes, se desarrolló dicho juego sin incidencias, hasta que en un momento determinado, sin cruzar palabra alguna, el acusado propinó un rodillazo al interno en la zona testicular. Medió obvia extralimitación, pero ello no impide la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración.

El motivo se estima.

OCTAVO.- El segundo motivo que formula esta recurrente es al amparo de los arts. 851.1, 2 y 3

1. Pese a tal epígrafe, las contradicciones y omisiones que enuncia, no se refieren a la existencia de antagonismo en diversos apartados del relato probado, ni a falta de pronunciamiento sobre pretensión alguna, pues la declaración de hechos probados, es perfectamente inteligible sin incurrir en contradicción alguna y las pretensiones que ahora invoca igualmente vienen referidas a valoraciones probatorias, que no a pretensiones jurídicas.

2. Su argumentario se refiere pues esencialmente a la contradicción entre el relato probado y la fundamentación valorativa que propone el recurrente, que motiva necesariamente la desestimación del motivo, pues en primer lugar, la contradicción que posibilita el éxito del art. 851, además de manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra; ostensible, que genere incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; es decir, que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual; exige además de manera inexcusable que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica; y además este vicio procesal, no posibilita cambio en la narración fáctica que conlleve el cambio de subsunción y fallo que interesa, pues por una parte, ya hemos indicado que ello no es posible frente a sentencias absolutorias y, de otro, la consecuencia sería la nulidad de la sentencia.

En definitiva, como informa el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, el amplio desarrollo del motivo resulta completamente ajeno a las previsiones casacionales del art. 851, en sus apartados 1, 2 y 3. Siendo así que constituye tan solo el medio para pretender la revisión de la prueba practicada y acomodarla a la pretensión formulada por la querellante en sus conclusiones definitivas. Ello evidentemente es ajeno a la vía del art. 851 LECrim siendo lo pretendido por la parte hacer un análisis a modo de indebida presunción de inocencia invertida.

El motivo se desestima.

Incidencia de la LO 10/2022



NOVENO.- Por diligencia de ordenación dictada de "conformidad con lo prevenido en el Disposición transitoria novena de la Ley Orgánica 1995 de 23 de diciembre, del Código Penal" se dio traslado primero al recurrente para que alegara lo que estimara si lo tuviera por conveniente, los motivos de casación alegados a la Ley Orgánica 10/2022 y luego al resto de las partes, para que hicieran las alegaciones que entendieran procedentes.

1. El recurrente nada indicó, salvo que la Ley Orgánica 10/2022, resultaba de aplicación cuando fuera favorable al reo. Pero ninguna específica proyección manifestó en relación con este específico caso.

La acusación particular consideró por su parte, que la aplicación de la LO 10/2020, no sería más leve sino más grave para el acusado.

El Ministerio Fiscal, tras recordar que el acusado Juan Ramón fue condenado en la sentencia de la Audiencia de Sevilla por un delito continuado de abuso sexual del art. 181.1 y 5 en relación con el art. 180.1. 3ª y art. 74 a la pena de 2 años 6 meses y 1 día, y por un delito de abuso sexual del art 181.1, 4 y 5 en relación con el art. 180.1 y 3 en grado de tentativa a la pena de 1 año, 9 meses y 1 día de prisión, todo lo ello en la redacción del CP al tiempo de realizar los hechos; informa que penas previstas en los arts. 178, 180.1. 5º y 74 para el primer delito por el que es condenado y en los arts. 179, y 180.1.5ª en grado de tentativa para el segundo, con el tenor de la actual redacción, implicarían una agravación de las impuestas.

2.Efectivamente, con la redacción otorgada al Código Penal por la LO 10/2022, los abusos sexuales continuados sin penetración resultarían castigados de conformidad con el art. 180.1.5ª -especial vulnerabilidad de la víctima- (en relación con el 178 y el 74) con pena de prisión de cinco a ocho años; mientras que con penetración, 180.1.5 en relación ahora exclusivamente con el art. 179, con pena de prisión de siete a quince años, que al degradarse en dos grados por la tentativa como realizó la instancia, resultaría una igual pena que iría de 1 año y 9 meses a 3 años y 6 mese menos un día.

COSTAS.- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de estimación del recurso se declararán de oficio y en caso de desestimación, se impondrán al recurrente.

FALLO

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

1º) Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por D Juan Ramón contra la sentencia núm. 274/21 de 9 de julio dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, en el Rollo Sumario 6580/2019; ello con expresa imposición de las costas originadas por su recurso.

2º) Declarar haber lugar al recurso de casación formulado Dª Esther contra la sentencia núm. 274/21 de 9 de julio dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, en el Rollo Sumario 6580/2019; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; ello, con declaración de oficio de las costas originadas por su 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.

RECURSO CASACION núm.: 6449/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de junio de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, número **6449/2021**, interpuesto por **D Juan Ramón** representado por el Procurador D. Juan José Barrios Sánchez bajo la dirección letrada de D. Luis Giménez Torres y **D^a Esther** representada por el Procurador D. Pedro Romero Gómez bajo la dirección letrada de D. Gabriel Cordero Huerta, contra la sentencia núm. 274/21 de 9 de julio dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, en el Rollo Sumario 6580/2019; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, en concepto de responsable civil subsidiario el **Excmo. Ayuntamiento de Albaida del Aljarafe** representado por el Procurador D. Juan Antonio Coto Domínguez bajo la dirección letrada de D. Ángel Carapeto Porto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos declarados probados, así como los antecedentes de hecho y que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en los fundamentos sexto y séptimo de nuestra sentencia casacional, debe ser incrementada la cuantía indemnizatoria en favor de **D^a Esther** y deber ser declarado responsable civil subsidiario en el abono de la misma, el Excmo. **Ayuntamiento** de Albaida del Aljarafe.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido
1º) El pronunciamiento sobre responsabilidad civil, resta así:

Asimismo, en concepto de responsabilidad civil, el procesado indemnizará a **Esther** en la cantidad de 20.000 euros, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y se declara responsable civil subsidiario para el caso de impago de aquella cantidad por parte del acusado, al Excmo. **Ayuntamiento** de Albaida del Aljarafe.

2º) Se mantienen íntegramente el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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.