



Roj: **STS 1106/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1106**

Id Cendoj: **28079120012021100254**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2021**

Nº de Recurso: **2364/2019**

Nº de Resolución: **258/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 258/2021

Fecha de sentencia: 18/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2364/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/03/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 17

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

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2364/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 258/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.^a. Ana María Ferrer García

D.^a. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 18 de marzo de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2364/2019 interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, y por **D. Eulogio**, representado por la procuradora D^a María Irene Arnes Bueno, bajo la dirección letrada de D. José María Díaz Cerezo, contra Sentencia de fecha 20 de febrero de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17^a, en el Procedimiento Abreviado nº 1482/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 5449/2015 del Juzgado de Instrucción nº 15 de Madrid, por delitos continuado de abuso sexual.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17, el 20 de febrero de 2019, se dictó sentencia condenatoria a **Eulogio** del delito y por los hechos por los que venía siendo acusado que contienen los siguientes **Hechos Probados**:

"En fechas no exactamente determinadas pero, en todo caso, comprendidas entre los días 22 de junio de 2014 y el 15 de agosto de 2015, Eulogio -persona mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1939- cuando su nieta, Adela, nacida el día NUM001 de 2005, se encontraba en su domicilio, en el del primero -sito en la c/ DIRECCION000 no NUM002 de esta villa de Madrid- por razón del cumplimiento del régimen de visitas que tenía el hijo de Eulogio, se introducía en el dormitorio donde la niña dormía con su abuela y le tocaba con ánimo lúbrico la zona genital de la menor.

Por razón de los hechos mencionados, el día 28 de agosto de 2015 Camila, madre de Adela, interpuso denuncia."

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

"Que debemos condenar y condenamos a Eulogio como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual, sin concurrir en el mismo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena imponiendo a Eulogio la prohibición de aproximarse o comunicar por cualquier medio con Adela así como de acudir o aproximarse a su domicilio, centro académico o con cualquier otro que ésta frecuente por tiempo de cinco años, habiendo de indemnizar, igualmente, a Adela -a través de su representante legal- en la cantidad de 3.000 euros, siéndole de abono, en todo caso, el tiempo que, por razón de la presente causa, estuvo privado de libertad y habiendo de satisfacer, si las hubiere, las costas procesales causadas en el presente procedimiento."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de D. Eulogio y del MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

A) Eulogio :

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 852 LECr. y 5.4 LOPJ, por infracción del art. 24.2 CE.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por aplicación indebida del art. 183.1 y 4.d) CP.

B) MINISTERIO FISCAL:

Motivo Único.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por la inaplicación de la agravación contenida en el art. 183.4 d) CP.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación de Eulogio se da por instruida del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal se da por instruido del recurso de casación interpuesto por la parte recurrente e interesó a la Sala la inadmisión del recurso e impugna los motivos del mismo, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 23 de julio de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 17 de marzo de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Recurso de Eulogio

PRIMERO.- 1. El primer motivo se formula por infracción de precepto constitucional contenido en el artículo 24.2 de la Constitución Española al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Afirma el recurrente que no se ha hecho una valoración razonable de las pruebas y estas carecen del suficiente calado como para desvirtuar la presunción de inocencia, no siendo suficiente el testimonio de la menor, en el que no concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para otorgarle valor de prueba de cargo.

2. Cuando se denuncia en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, hemos dicho en sentencia SSTS 615/2016, de 8 de julio, 200/2017, de 27 de marzo, 376/2017, de 20 de mayo, que "ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- En primer lugar, debe analizarse el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia. Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005, de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTS 458/2009, de 13 de abril y 131/2010, de 18 de enero; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Consecuentemente, el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en sí misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTS. 68/98, 117/2000, SSTS. 1171/2001, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1333/2009, 104/2010, 1071/2010, 365/2011, 1105/2011).".

3. En este caso la prueba es única para todos los actos llevados a cabo por el acusado, consistente en la declaración de la menor, lo que es habitual en los delitos contra la libertad o indemnidad sexual. Son conductas delictivas respecto a las que, debido al componente personalista que presentan y los espacios de intimidad en que se suelen perpetrar, 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 de quienes figuran como víctimas, 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).



En definitiva, se trata de prueba testifical cuya credibilidad corresponde valorarla en principio al órgano de enjuiciamiento, limitándose nuestro control al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de instancia, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba.

3.1. La sentencia recurrida afirma que la declaración de la menor ha sido mantenida en el tiempo sin contradicciones, sin que concurran móviles espurios, destacando el Tribunal la espontaneidad del testimonio, en concreto, tiene en cuenta la Sala el testimonio de la menor Adela, quien manifestó que estuvo en Madrid, en casa de los abuelos y de sus tías, que allí estaban el abuelo y su tía Elisabeth, con la que se lleva bien, que los hechos ocurrieron cuando ella iba al baño, el abuelo cuando salía enseñaba sus partes íntimas y también en el balcón, que él se ponía por detrás, que ocurrieron muchas veces. Así como que dormía con la abuela en unas camas separadas y él, por la noche venía a la habitación, a donde dormía la menor, y sentía cómo que alguien le tocaba sus partes, e incluso una noche se despertó y vio que estaba allí.

También la menor dijo que se asustaba y se iba con su abuela y llamaba a su madre, pero que no se lo contó porque le daba vergüenza. Que cuando ocurrían los hechos se encontraba mal y que a su madre por teléfono le decía que quería volver, en alguna de las ocasiones también se encontraba su primo y que también los hechos ocurrieron en el pueblo; además estando con su primo Mario en una ocasión en el sótano les enseñó sus partes y salieron corriendo y preguntada si el abuelo decía algo, manifestó que una vez le dijo que si lo quería probar, que eso no dolía, respondiendo que no.

El anterior testimonio, entiende la Sala, que se encuentra corroborado por la declaración de la testigo Camila, sobre la misma afirma el Tribunal que manifestó que en aquella época había un determinado régimen de visitas con el padre de la menor y que es por ese motivo por lo que la niña pasaba temporadas de verano en Madrid, que la primera noticia que tuvo de los hechos la supo porque la niña se lo contó a su cuñada y ésta a la testigo. Que no tenía constancia de los hechos, que habló por teléfono con la niña y la notaba rara, que se quería venir y le decía la declarante que esperara para no perder el vuelo y que, cuando vino, contó todo; en verano de 2014 o 2015 la actitud de la niña no era la misma, que el último año fue peor, que le llamaba y que no hacía más que llorarle por teléfono, sin embargo el padre decía que estaba bien y la declarante lo achacaba a que le echaba de menos; que la cuñada le dijo que el abuelo le enseñaba las partes, que le rozaba y que, cuando estaba durmiendo, ella notaba que alguien entraba en la habitación y se ponía detrás de ella y que tenía miedo del abuelo, que no estaba bien con él.

La citada testigo afirmó que "Que habló con la menor y le dijo que era verdad, que no quería decir nada porque tenía miedo, que su hija le dijo que el abuelo le enseñaba sus partes íntimas, que jugando en el comedor con sus primos se bajó los pantalones enseñando sus partes y tocándose, que estando en el balcón se ponía detrás a rozarse y que durmiendo entraba en la habitación y le rozaba."

Por otro lado, la testigo Florencia Igual, hija del acusado, quien también supo los hechos por su hermana, en concreto que el acusado le enseñaba sus genitales a la menor y también a su hijo de seis años, confirmándosele éste último, por lo que también interpuso denuncia contra su padre.

Valora el Tribunal la prueba pericial de las Sras. Inmaculada y Carlos Daniel en su informe que obra en la causa y que fue ratificado en el juicio oral, y que consideran el relato de la menor como creíble, así como el del Dr. Jesús María, que ratificó su intervención derivando a la menor a las especialistas en valoración del testimonio.

3.2. En efecto, para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración. La lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros, a los que la Sala de apelación ha acomodado su revisión valorativa, consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación, que constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Por tanto, el Tribunal de instancia analiza la prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada por el tribunal sentenciador; es decir, idónea para desvirtuar la presunción de su inocencia.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo se formaliza por infracción de ley, art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 183.1 y 4 d) del Código Penal.

El recurrente denuncia que para poder configurar el tipo penal del abuso sexual del artículo 181 del C.P. ha de materializarse en la exigencia de la presencia de un elemento objetivo de contacto corporal,



tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual; es decir, no todo tocamiento corporal significa un delito de abuso sexual, sino solo aquellos que por su localización principalmente, u otra circunstancia, se entienda que objetivamente tiene significación sexual.

Por otro lado, y dentro del elemento objetivo del delito, advierte que dicho contacto corporal puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto; no habiéndose acreditado por prueba alguna que el acusado haya efectuado delito de abuso en la persona de su nieta, la menor Adela .

2. Respecto del cauce casacional elegido por el recurrente hemos dicho que el mismo implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

3. Las alegaciones deben ser inadmitidas. En primer término, en el caso que nos ocupa, el Tribunal de instancia condenó al recurrente como autor responsable de un delito de abuso sexual sobre persona menor de 13 años en aplicación de lo dispuesto en el artículo 183.1 del Código Penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos (cuya pena en abstracto es de 2 a 6 años de prisión), con aplicación de la continuidad delictiva, ex art. 74.3 CP, y le impuso la pena de 4 años de prisión, es decir la pena mínima prevista legalmente; en cambio no se aplica el apartado 4 d), tal y como afirma el recurrente en el encabezamiento del motivo.

La conducta descrita en el *factum* que fue llevando a cabo el acusado con su nieta -nacida el NUM001 de 2005-, entre los días 22 de junio de 2014 y el 15 de agosto de 2015, integra la conducta típica del art. 183.1 del CP, delito de abuso sexual a menor de 13 años, ya que en el mismo se hace constar que el acusado "se introducía en el dormitorio donde la niña dormía con su abuela y le tocaba con ánimo lúbrico la zona genital a la menor"

Como tiene dicho esta Sala, entre otras en la sentencia 988/2016, de 11 de enero) la indemnidad sexual equivale a la intangibilidad, constituyendo una manifestación de la dignidad de la persona y tutelando el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo. La actuación del acusado, efectuando tocamientos en las partes íntimas de la menor mientras esta dormía, afecta a su indemnidad sexual, pues el sueño no excluye totalmente la sensibilidad, ni cabe excluir que los tocamientos les despertasen, como ocurrió en el presente caso o, en cualquier caso, les dejasen recuerdos y sentimientos que perjudicasen su desarrollo, generando temores más o menos conscientes, que vinculasen la sexualidad con la indefensión y el abuso. En consecuencia, el tipo penal aplicable en estos supuestos es el art 183.1 CP de 2010.

Por tanto, debe ser desestimado el reproche del recurrente por cuanto no ajustó su denuncia de indebida aplicación del artículo 183.1 y 4 del Código Penal al relato de hechos probados contenido en sentencia, cuyo respeto constituye el requisito de prosperabilidad del motivo prevenido en el artículo 849.1 LECrim.

El motivo se desestima.

B.- Recurso del Ministerio Fiscal

TERCERO.- 1. El Fiscal formula el recurso con un único motivo, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por indebida inaplicación de la agravante específica de prevalimiento del art. 183. 4 d) CP, afirmando que del relato de hechos probados se desprende una situación que se incardina en un delito de abusos sexuales con la circunstancia agravante de prevalimiento por parentesco.

Alega el recurrente que la agravación, conforme a lo argumentado por el Tribunal en la fundamentación de la sentencia de instancia, ha quedado plenamente acreditada, pues la Sala afirma que "No se cuestiona la relación de parentesco entre víctima y victimario, de hecho, se hace mención a la misma en la relación de hechos probados, y no se cuestiona tampoco el hecho de que la estancia de la menor en el domicilio del abuelo habría de facilitar la comisión del delito.

El Tribunal no duda de la ascendencia del abuelo sobre la menor y de la facilidad para la comisión del delito habida cuenta de las circunstancias antes mencionadas, sin embargo, dice una cosa habría de ser eso y otra cosa es que el contenido de la conclusión primera del escrito de acusación hubiera de fluir de manera natural la citada actitud. En la medida que no existe, no puede acogerse".

En consecuencia la Sala no duda de que concurren los presupuestos fácticos de hecho para la apreciación de la agravante, sin embargo, entiende que no es apreciable la misma porque del contenido del escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal no fluye de manera natural la actitud de prevalerse, cuando en el escrito de



conclusiones se describen con claridad una serie de conductas que podían ser constitutivas de un delito de exhibicionismo, y como no solicita pena para ellas, el Tribunal las excluye, cuando en las mismas se describe claramente esa situación de prevalimiento del abuelo sobre su nieta.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

3. Debemos evocar aquí la doctrina de esta Sala que exige distinguir situaciones, huyendo del simple automatismo cuando se quiere aplicar la agravación a parientes que no son los estrictamente mencionados en el precepto (tíos, vgr.) o asimilados (relaciones afectivas con el progenitor) pueden rememorarse al respecto las SSTS 957/2013, de 17 de diciembre, 48/2017, de 2 de febrero, 287/2018, de 14 de junio o 429/2019, de 27 de septiembre.

En nuestra sentencia 223/2020, de 25 de mayo, hemos afirmado que "No podemos, de un lado, tomar en cuenta la agravación fijándonos en la edad. Si el tipo entonces vigente exigía una edad inferior a los trece años (hoy, dieciséis) y la menor tenía once años, concluiríamos que siempre se daría ese abuso de superioridad pues el autor siempre debía contar con más de dieciocho años. A mayor abundamiento, cuando el Código quiere establecer una edad por debajo de la cual ha de jugar necesariamente esa agravación fija la de cuatro años (art. 183.4 a). La superioridad derivada de la diferencia de edad entre una menor con once años y un adulto es inherente al tipo. Sería una exégesis tramposa rescatar por la vía del art. 183.4 d) la agravación basada en la edad que hemos desechado al examinar el art. 183.4 a). Las graves penas que maneja el precepto invitan, de otra parte, a una interpretación restrictiva.

La sentencia también parece manejar un pseudo parentesco. (...)

El art. 183.4 d) CP exige un prevalimiento que puede apoyarse en dos factores diferentes: una relación de superioridad o el parentesco. Como han subrayado los comentaristas no es que la superioridad tenga que apoyarse en el parentesco. La conjunción disyuntiva "o" que une ambas ideas lo pone de manifiesto. Concurrirán los presupuestos de la agravante cuando se identifique un prevalimiento bien basado en el parentesco, bien en una relación de superioridad. Analicemos los dos términos agravatorios:

a) Es cristalino que no podemos aplicar el parentesco (inciso final del art. 183.4.d). No está contemplada la pareja de hecho de la madre en cuanto que no genera parentesco. Y no es factible la analogía contra *in malam partem*

b) Es posible, en cambio, según se deduce de la doctrina jurisprudencial citada, que haya fraguado una especial relación de superioridad, que se superpone a la derivada de la edad, a raíz precisamente de ese tipo de relaciones familiares o cuasi-familiares que por sí solas no encajan en los parientes expresamente mencionados (ascendientes y hermanos). Así el padrastro de hecho; o quien en virtud de la relación de afectividad con la madre se ha convertido en autoridad en el hogar familiar compartido; o el conviviente que ostenta un rol similar; o el padrino no pariente... Pero en esos casos no basta con mencionar la relación. Ha de quedar expresada en el hecho probado la base fáctica de esa relación de superioridad. No basta constatar que es un tío carnal, o que es la pareja de la madre. Es preciso que el *factum* refleje expresamente ese especial ascendiente (en la jurisprudencia hemos acuñado la expresión hegemonía anímica) que, además, debe ser aprovechado para el hecho. En situaciones más dudosas puede incluso resultar innecesario ese esfuerzo indagador si, por entrar en juego con claridad el art. 192 CP (que muchas veces cae en el olvido), se trata en todo caso de un guardador de hecho lo que supondrá una penalidad idéntica.

No sobra en todo caso puntualizar que abuso de superioridad y abuso de confianza son circunstancias diferentes y no intercambiables. Las dos aportan mayor facilidad para la comisión de los hechos. Pero en una es la superioridad (ascendiente, autoridad, relación de supremacía) lo tenido en cuenta; y en la otra es



la confianza que provoca una relajación de las precauciones defensivas. Hay ocasiones en que puede haber abuso de confianza (un vecino, v.gr), pero no de superioridad."

En nuestra sentencia 344/2019, de 4 Julio de 2019, se recoge que: "Una definición similar del prevalimiento lo encontramos en la STS 166/2019, de 18 de marzo, al afirmar que "El prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTs 1165/2003, de 18 de septiembre; 935/2005, de 15 de julio; 785/2007, de 3 de octubre; 708/2012, de 25 de septiembre; 957/2013, de 17 de diciembre; y 834/2014, de 10 de diciembre) que el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta".

En un sentido diverso, aplicando la agravación en unos abusos cometidos de tío a sobrina, la STS 429/2019, de 27 de septiembre, en la que dijimos que "lo que verdaderamente importa es que el prevalimiento sea idóneo, en el sentido de que evite a la víctima actuar según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá, lógicamente, del caso concreto... y es preciso que exista una situación que de algún modo presione a la víctima (es decir, una situación de superioridad privilegiada) que pueda considerarse suficiente para debilitar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima (STS 855/2015, de 23 de noviembre, entre otras)." En un sentido similar, la STS 188/2019, de 9 abril, donde señalamos que la relación de prevalimiento originada por la singular posición que el acusado tenía como tío de las menores, que evidencia una circunstancia de superioridad y preponderancia indiscutible a favor del acusado, para lograr la ejecución de actos íntimos con las menores que por esa relación al margen de su edad, se hallaban más condicionadas. En el mismo sentido, la STS 739/2015 y los Autos 207/2019 y 590/2019.

Como hacíamos constar en el Auto 590/2019, de 30 de abril: "El artículo 183.4 d) del Código Penal agrava la pena cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad para la ejecución del delito; el sujeto se aprovecha de una relación de superioridad que le facilita la comisión del delito, facilitación que no opera sobre la base de obtener el consentimiento de la víctima, que siendo menor de 16 años nunca podría considerarse válido, sino en atención a las circunstancias que esa relación de superioridad trae consigo. En este sentido, en la STS nº 739/2015, de 20 de noviembre, se señalaba, en relación al artículo 183.4.d), que "el prevalimiento o abuso de superioridad se refiere a la ejecución del hecho y no al consentimiento de la víctima". De la misma forma, la STS nº 957/2013, de 17 de diciembre, en la que, ya en relación con la redacción del precepto tras la reforma de la LO 5/2010, se decía que "Esta circunstancia exige una cierta preeminencia del autor sobre la víctima y que esta ventaja haya sido utilizada o aprovechada por el autor para realizar el acto objeto de imputación"...

Lo que es conforme con la doctrina de esta Sala, pues es claro que en la ejecución de los hechos, como se describen, el acusado se prevalió de tales circunstancias para ejecutarlos con mayor facilidad, lo que constituye el prevalimiento de la relación de superioridad que tenía, tal y como se contempla en el artículo 183.4.d) CP (en este sentido, STS 287/2018, de 14 de junio)".

5. En el presente caso, lo primero que debemos apuntar, es que, como acertadamente hace constar el voto particular " *el hecho de que mis honorables compañeros del Tribunal discrepen de la calificación jurídica de unos hechos, no equivale a que tenga que sustraerse todo el relato del que se extraen las circunstancias que deberían conducir a la apreciación de la agravación del art. 183.4 d) del Código Penal* ". Es decir, todos los hechos acreditados, deberían haber formado parte del relato fáctico, con independencia de las consideraciones de la Sala sobre que no había acusación por delito de exhibicionismo, los cuales son indebidamente sustraídos del *factum*.

Por otro lado, a la misma conclusión que postula el Ministerio Fiscal también se puede llegar con la aplicación de la agravante de parentesco del art. 23 del CP, así como del art. 192.2 del mismo texto legal que dispone que serán castigados con la pena correspondiente al delito cometido en su mitad superior, entre otros, a los ascendientes encargados de hecho o de derecho del menor, mediante la formulación de una calificación alternativa.



No obstante lo anterior, entendemos que como analiza la sentencia de instancia en su fundamentación, se aprecia en la actuación del acusado una situación de superioridad manifiesta, pero a diferencia de la postura mayoritaria de la Sala de instancia, la superioridad del acusado sobre la menor por razón de parentesco, sí se desprende del relato fáctico, en el que se hace constar que " *En fechas no exactamente determinadas pero, en todo caso, comprendidas entre los días 22 de junio de 2014 y el 15 de agosto de 2015, Eulogio -persona mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1939- cuando su nieta, Adela, nacida el día NUM001 de 2005, se encontraba en su domicilio...por razón del cumplimiento del régimen de visitas que tenía el hijo de Eulogio, se introducía en el dormitorio donde la niña dormía con su abuela y le tocaba con ánimo lúbrico la zona genital de la menor.*"

En efecto, de lo anterior se desprende que el acusado abuelo de la menor Adela de 11 años de edad, abusó de la misma, prevaliéndose de su relación de parentesco, lo que fluye no solo de su gran diferencia de edad, que es obvia, sino de su ascendencia personal por ser su abuelo, aprovechando la estancia de la menor en su domicilio por razón del cumplimiento del régimen de visitas que tenía el hijo del acusado, lo que sin duda facilitó su comisión, llevando a cabo, como indica la fundamentación de la sentencia, una serie de actos de exhibicionismo en un contexto de superioridad -que como hemos apuntado no deberían haber sustraídos del relato fáctico-, y unos tocamientos en la zona genital a la menor mientras esta dormía en la misma habitación que compartía con su abuela.

Lo anterior implica una obvia indefensión de la víctima, ya que los hechos se llevaron a cabo en el domicilio de los abuelos, aprovechando el acusado que la abuela estaba dormida, y por la persona que debía haberla protegido, **relación de parentesco** que sin duda facilitó la comisión del delito, y de la que se prevaleció el acusado.

El motivo debe ser estimado.

CUARTO.- Procede declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia por el Ministerio Fiscal, e imponer al acusado las devengadas a su costa (art. 901 LECrim.).

FALLO

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

1º) Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por el MINISTERIO FISCAL y NO HABER LUGAR el recurso interpuesto por la representación procesal de Eulogio contra la sentencia de fecha 20 de febrero de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, en el Procedimiento Abreviado nº 1482/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 5449/2015.

2º) Imponer al recurrente Eulogio las costas devengadas a su instancia, declarando de oficios las devengadas por el recurso del Ministerio Fiscal.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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.: 2364/2019

Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

Dª. Susana Polo García



D. Leopoldo Puentes Segura

En Madrid, a 18 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2364/2019 interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, y por **D. Eulogio**, representado por la procuradora D^a María Irene Arnes Bueno, bajo la dirección letrada de D. José María Díaz Cerezo, contra Sentencia de fecha 20 de febrero de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17^a, en el Procedimiento Abreviado nº 1482/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 5449/2015 del Juzgado de Instrucción nº 15 de Madrid, por delitos continuado de abuso sexual, que ha sido casada por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos/mas. Sres/Sras. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: Se aceptan y se reproducen los Antecedentes de Hecho de la Sentencia de fecha de fecha 20 de febrero de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17^a, en el Procedimiento Abreviado nº 1482/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia de casación, procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, y en base a ello, procede calificar los hechos como un delito continuado de abuso sexual previsto y penado en el art. 183.1 y 4 d) del CP, por lo que procede imponer al acusado, en virtud de la regla penológica establecida en el mismo, en relación con el art. 74 del CP, la pena mínima legalmente prevista de cinco años de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiendo además a Eulogio la prohibición de aproximarse o comunicar por cualquier medio con Adela así como de acudir o aproximarse a su domicilio, centro académico o con cualquier otro que ésta frecuente por tiempo de seis años (art. 57 CP).

Debiéndose mantener el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1º Condenar a Eulogio como autor de un delito continuado de abuso sexual previsto y penado en el art. 183.1 y 4 d) del CP a la pena de **CINCO AÑOS DE PRISIÓN**, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiendo al mismo la prohibición de aproximarse o comunicar por cualquier medio con Adela así como de acudir o aproximarse a su domicilio, centro académico o con cualquier otro que ésta frecuente por tiempo de SEIS AÑOS.

2º Mantener el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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.