

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 87/2017, de 15 de febrero de 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 982/2016

SUMARIO:

Abusos sexuales. Delito continuado. Irretroactividad de normas penales. Error de subsunción. Los acusados fueron condenados como autores de un delito continuado de abusos sexuales sobre una menor de 13 años, abusos que fueron perpetrados por el compañero sentimental de la coacusada, madre de la menor, quien propuso a aquél que los perpetrara. Sin que la recurrente adoptara después ninguna medida para evitar tales hechos durante los nueve años que, aproximadamente, se ejecutaron los abusos en la vivienda familiar con su conocimiento. Prospera sin embargo la tesis jurídica formulada por el Ministerio Fiscal en el sentido de que no cabe aplicar la redacción del Código Penal implantada por la LO 5/2010, de 22 de junio, pues cuando esa reforma entró en vigor (el 23 de diciembre de 2010) la denunciante ya no era menor de 13 años, sino que había cumplido los 16 años de edad. Por lo cual, se aplicó indebidamente un tipo penal agravado de la reforma de 2010 a los hechos cometidos entre los años 2005 a 2007, que fue el periodo de consumación delictiva en que la menor sí tenía menos de 13 años, aplicación retroactiva que vulnera los arts. 9.3 de la Constitución (irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables) y 2 del Código Penal, así como la disposición transitoria primera de la LO 5/2010. En el tiempo en que la víctima tenía menos de 13 años de edad la norma aplicable era la establecida en el art. 181.1, 2 y 4 del C. Penal, en relación con el art. 180.1.4.º y 74.1 del mismo texto legal, según la redacción correspondiente a la LO 11/1999. La aplicación de esta redacción del texto legal conlleva una reducción notable de la pena para ambos acusados.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 2, 74.1, 180.1.4.º y 181.

Ley Orgánica 5/2010 (por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995), disp. trans. primera.

Constitución española, arts. 9.3 y 24.

PONENTE:

Don Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

Sentencia

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Febrero de dos mil diecisiete.



Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, de fecha 19 de abril de 2016. Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrentes, los acusados Juan Carlos representado por la Procuradora Sra. Cezón Barahona y Almudena representada por el procurador Sr. Codosero Rodríguez y como recurrida Jacinta representada por el Procurador Sra. Ruiz Benito. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1. El Juzgado de Instrucción número 9 de Zaragoza instruyó sumario 1/15, por delito continuado de abusos sexuales a una menor de 13 años contra Juan Carlos y Almudena, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza cuya Sección Tercera dictó en el Rollo de Sala 31/2015 sentencia en fecha 19 de abril de 2016 con los siguientes hechos probados:

"Los acusados Juan Carlos, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Almudena, mayor de edad y sin antecedentes penales, iniciaron una relación sentimental en el año 2005 en el domicilio sito en la CALLE000 n° NUM000, NUM001 de esta ciudad, conviviendo con ellos en dicho domicilio la menor de edad Eufrasia -antes llamada Jacinta-, la cual era hija de la acusada Almudena, y había nacido el NUM002 de 1994.

Como resulta que la niña Eufrasia habría sido objeto de, al parecer, abusos sexuales ajenos a esta causa y anteriores a los que han sido objeto de la misma, por los que tendría cierta aprensión a los hombres, su madre Almudena propuso a Juan Carlos -su compañero sentimental- que tocara a la niña por entonces de 11 o 12 años de edad para que ésta superara dicha animadversión o repulsa, -dada la condición de padrastro de Juan Carlos- comenzando éste a dicha edad a manosearla con intención lasciva en los pechos, zona pública, genitales y nalgas, procediendo incluso en una ocasión a restregarse el pene en la espalda de Eufrasia, y ello con total conocimiento de la madre de la niña Almudena, quien pese a haberle contado Eufrasia los tocamientos de que era víctima, en diversas ocasiones ninguna medida ni reacción adoptó para que cesaran.

Esta situación se prolongó durante años, casi a diario, hasta que el día 23 de agosto de 2014, -cuando Eufrasia tenía ya 20 años-, la cual harta de la situación y perdiendo el temor que llevaba años sufriendo frente a Juan Carlos -de carácter violento- procedió a grabar en un teléfono móvil los tocamientos libidinosos de su padrastro hacia ella, como apreció esta Sala tras el visionado reiterado de la videograbación aportada a la causa".

2. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO Que debemos condenar y condenamos a los acusados Juan Carlos y Almudena como autores responsables de un delito continuado de abusos sexuales a una menor de 13 años, previsto y sancionado en el artículo 183.1 y 4 b) y d), y 74.1 y 3 del Código Penal (según redacción dada por la Ley 5/2010, de 22 de junio), ya definido, sin la concurrencia de circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión, a cada uno de ellos, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Además, se acuerda, la imposición de la siguiente prohibición a los encausados, por el periodo de siete años (7 años), a cada uno de ellos, desde la firmeza de la presente resolución: Juan Carlos y Almudena no podrán aproximarse a Eufrasia en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, a una distancia inferior a 200 metros, ni comunicarse con ella por cualquier medio.



www.civil-mercantil.com

Todo ello con el apercibimiento de que el incumplimiento de la prohibición establecida en esta sentencia implicará la comisión de un delito de quebrantamiento de condena castigado en el art. 468 del Código Penal .

Asimismo se condena a Juan Carlos y a Almudena a que abonen de forma conjunta y solidaria a Eufrasia -antes llamada Jacinta -folios 204 y 205 la cantidad de 13.000 euros en concepto de responsabilidad civil y en compensación por los graves daños morales que le han ocasionado.

También se condena a Juan Carlos y Almudena al pago, por mitad cada uno, de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular ejercida por Eufrasia .

Dése a las piezas de convicción el destino legalmente previsto.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E. Criminal ".

3. Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por Juan Carlos y Almudena que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4. Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

A) Juan Carlos : PRIMERO. Quebrantamiento del art. 851.1 LECr por existir numerosas contradicciones entre los hechos que se declaran probado y la declaraciones ante de la víctima como de los testigos. SEGUNDO. Vulneración del art. 24.2 CE , toda vez que no existe prueba de cargo suficiente como para destruir el principio de presunción de inocencia.

B) Almudena : PRIMERO. quebrantamiento de forma del apartado 1º del art. 851 de la LECr . SEGUNDO. Vulneración de precepto constitucional, en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española y el art. 24.2 en relación al principio de presunción de inocencia, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ . TERCERO. Por infracción de Ley del apartado 1º del art. 849 de la LECr , habiendo sido infringido o indebidamente aplicado el artículo 183.1 y 4 b) y d), en relación con el artículo 74.1 ambos del Código Penal .

5. Instruidas las partes, el Procurador Sr. Ruiz Benito en nombre y representación de Jacinta presentó escrito impugnando los recurso, el Ministerio Fiscal impugnó los motivos de los recursos, a excepción del motivo segundo del recurso de Juan Carlos que debe ser acogido en lo que se refiere a la aplicación de la normativa más favorable al acusado y respecto del motivo tercero de Almudena que debe ser acogido ; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6. Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 24 de enero de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar .

1. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza condenó, en sentencia dictada el 19 de abril de 2016 , a Juan Carlos y Almudena como autores responsables de un



delito continuado de abusos sexuales a una menor de 13 años, previsto en los artículos 183.1 y 4 b) y d), y 74.1 y 3 del Código Penal (según redacción de la reforma por Ley 5/2010, de 22 de junio), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión, a cada uno de ellos, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Además, acordó la imposición de la prohibición a los encausados, por el periodo de siete años a cada uno de ellos, desde la firmeza de la presente resolución, de aproximarse a Eufrasia en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, a una distancia inferior a 200 metros, ni comunicarse con ella por cualquier medio.

Asimismo condenó a Juan Carlos y a Almudena a que abonen de forma conjunta y solidaria a Eufrasia - antes llamada Jacinta - la cantidad de 13.000 euros en concepto de responsabilidad civil y en compensación por los graves daños morales que le han ocasionado.

2. Los hechos objeto de condena se resumen en que los acusados Juan Carlos y Almudena iniciaron una relación sentimental en el año 2005 en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 de Zaragoza, conviviendo con ellos en ese domicilio la menor de edad Eufrasia -antes llamada Jacinta -, que era hija de la acusada Almudena y había nacido el NUM002 de 1994.

Como resulta que la niña Eufrasia habría sido objeto, al parecer, de abusos sexuales anteriores y ajenos a esta causa, por los que tendría cierta aprensión a los hombres, su madre Almudena propuso a Juan Carlos -su compañero sentimental- que tocara a la niña por entonces de 11 o 12 años de edad para que ésta superara dicha animadversión o repulsa, dada la condición de padrastro de Juan Carlos . Éste comenzó entonces a dicha edad a manosearla con intención lasciva en los pechos, zona púbica, genitales y nalgas, procediendo incluso en una ocasión a restregarse el pene en la espalda de Eufrasia ; y ello con total conocimiento de la madre de la niña Almudena , quien pese haberle contado Eufrasia los tocamientos de que era víctima, ninguna medida ni reacción adoptó para que cesaran.

Esta situación se prolongó durante años, casi a diario, hasta que el día 23 de agosto de 2014 - cuando Eufrasia tenía ya 20 años-, harta de la situación y perdiendo el temor que llevaba años sufriendo frente a Juan Carlos -de carácter violento- procedió a grabar en un teléfono móvil los tocamientos libidinosos de su padrastro hacia ella, como apreció la Sala de instancia tras el visionado reiterado de la videograbación aportada a la causa.

Contra la referida sentencia recurrieron en casación las defensas de ambos acusados, recursos a los que se opuso el Ministerio Fiscal (a excepción del segundo motivo del acusado y tercero de la acusada) y la acusación particular.

A) Recurso de Juan Carlos

Primero .

1. En el primer motivo denuncia, con sustento procesal en el art. 851 de la LECr ., la existencia de contradicciones entre los hechos que se acogen como probados y las declaraciones tanto de la víctima como de los testigos.

En la lacónica argumentación que fundamenta el motivo alega la parte recurrente que ni la declaración de la víctima ni las de las dos hijas del acusado constituyen prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Como puede fácilmente constatarse, el sucinto razonamiento del motivo del recurso se limita a considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, incidiendo únicamente



www.civil-mercantil.com

en la insuficiencia de la prueba de cargo y en la contradicción entre las declaraciones testificales y los hechos que se describen como probados. Ello nada tiene que ver con el quebrantamiento de forma del art. 851 de la LECr . y sí, en cambio, con la vulneración de la presunción de inocencia, que es objeto específico del segundo motivo del recurso. Al examinarlo se analizará la suficiencia de la prueba de cargo, cuestión que se suscita ahora erróneamente como un quebrantamiento procesal ajeno a la cuestión que realmente se plantea.

Así las cosas, el primer motivo no puede prosperar.

Segundo .

En el segundo motivo , sin referencia a precepto procesal alguno, se invoca la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al considerar la parte que no concurre prueba de cargo enervadora de la presunción constitucional.

La queja de la defensa sobre vulneración de la presunción de inocencia nos obliga a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

Pues bien, en la argumentación del motivo la parte se limita a alegar, en las dos líneas que dedica a la impugnación, que la presunta víctima "no ha probado el delito continuado de abusos sexuales a una menor", sin cuestionar de modo específico en el recurso ni hacer referencia alguna a la prueba de cargo que pormenoriza la Audiencia en el fundamento segundo de la sentencia de instancia, en el que especifica los elementos probatorios que incriminan a los acusados y desvirtúan la presunción de inocencia.

En efecto, señala el Tribunal sentenciador que en el acto del juicio oral ha quedado razonablemente inferido el conocimiento y la voluntad en los acusados de realizar actos de marcado contenido sexual en la persona de la menor de 11 o 12 años de edad, cuando comenzaron los hechos.

Comienza destacando el Tribunal la declaración de la víctima, Eufrasia , de 20 años de edad a la fecha del juicio. La testigo declaró que fue la madre la que propuso al acusado que realizara tocamientos a la niña desentendiéndose de ella a pesar de que ésta se le quejara en numerosas ocasiones de los actos que estaba perpetrando su compañero, haciendo la acusada caso omiso de ello. Los hechos se desarrollaron -según señaló la testigo- casi todos los días durante 8 o 9 años y en la intimidad de su hogar. También la menor relató que el recurrente la tocaba por todo el cuerpo, y que le tenía miedo por su carácter agresivo, llegando a restregarle el pene por su espalda. Especificó que su madre sabía lo que hacía el acusado.

El Tribunal refiere en la sentencia que esas declaraciones fueron expuestas por la víctima en el juicio oral sin fisura alguna, e incluso con la introducción de matices con respecto a las prestadas en la fase instructora, dada la riqueza descriptiva propia del plenario.

En segundo lugar, resaltó la Sala de instancia las declaraciones de la testigo Amparo , hija del acusado, quien observó en una ocasión cómo su padre le hizo unos tocamientos a Eufrasia que no le parecieron normales, estando la testigo a unos dos metros. También insistió en el carácter agresivo del acusado, que llegó a pegarle a Amparo alguna vez. Manifestó que



con anterioridad a la denuncia de Eufrasia , ésta ya le había dicho que había sido objeto de abusos sexuales por parte de Juan Carlos y que la incitadora de ellos era su propia madre.

En el mismo sentido depuso Baltasar , también hija natural del acusado, testigo que manifestó, ratificando las declaraciones previas ante el Juez de Instrucción, que su padre era violento y que la víctima le contó lo que le ocurría y que lo estaba pasando mal. Baltasar le contestó que eso lo tenía que cortar.

La Sala se refirió después al visionado en la vista oral del vídeo obrante en la causa que recoge la grabación del episodio ocurrido el día 23 de agosto de 2014, cuando el acusado se hallaba realizando tocamientos a Eufrasia en la pierna y en el abdomen subiéndole y bajándole la camiseta. El Tribunal apreció las zonas del cuerpo que tocaba el acusado a la denunciante, y también cómo cesó de forma inmediata en la ejecución de los tocamientos cuando entró en el salón una tercera persona. Señala la Audiencia que los tocamientos son de naturaleza libidinosa, ajenos a lo que es un masaje terapéutico, rechazando así la interpretación de la defensa del acusado. La escena fue grabada por la denunciante utilizando el teléfono móvil por el que estaba hablando, y realizó la grabación con el fin de tener algún soporte probatorio que apoyara su denuncia.

Frente al acervo probatorio de cargo que se acaba de reseñar, consideró el Tribunal que las manifestaciones de descargo de los acusados, que se limitaron a negar de forma lacónica los hechos, y las del hermano de la acusada -Carlos- nada aportaron, salvo la afirmación de éste de que le dijo a su sobrina que se iba a cargar una familia.

La Sala de instancia resaltó que su convicción se basaba en la coherencia y uniformidad mostradas por la víctima a lo largo de todas y cada una de las declaraciones prestadas en esta causa; en el hecho de que el acusado actuara con ánimo libidinoso en los momentos descritos en el "factum" de la sentencia, mientras que la acusada cooperaba en su consumación, abusando ambos de la minoría de edad de Eufrasia , al principio, y de la relación de madre natural o afinidad que les unía con la víctima después. El Tribunal plasmó su convicción al afirmar que la víctima ha sabido transmitir una narración histórica suficiente para entrelazar las distintas secuencias relatadas en el discurrir de la causa, por mucho que, a veces, se evidenciara una falta de continuidad cronológica y de precisión temporo-espacial, acordes con la edad, a pesar de que ya contara con 20 años cuando compareció al plenario.

En virtud de los razonamientos del Tribunal que se acaban de exponer, es claro que el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado no ha sido vulnerado, al haber contado el órgano sentenciador con un bagaje probatorio de cargo suficiente, sólido y plural para enervar la presunción constitucional.

Se desestima así el segundo motivo, desestimación que, sin perjuicio de lo que se argumente con respecto al recurso de la acusada, se extiende a la totalidad del recurso del acusado.

B) Recurso de Almudena

Tercero .

1. En el motivo primero invoca el quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.1º de la LECr ., consistente en incluir en el "factum" de la sentencia conceptos jurídicos que implican la predeterminación del fallo .

Establece numerosa jurisprudencia de esta Sala que la predeterminación del fallo que se contempla y proscribe en el art. 851.1º de la LECr . es aquélla que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que



definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal (SSTS núm. 667/2000, de 12-4 ; 1121/2003, de 10-9 ; 401/2006, de 10-4 ; 755/2008, de 26-11 ; 131/2009, de 12-2 ; 381/2009, de 14-4 ; 449/2012, de 30-5 ; y 440/2015, de 29-6 , entre otras muchas).

De otra parte, también se ha argumentado de forma reiterada por este Tribunal de Casación que no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es precisamente la finalidad de la premisa menor del silogismo de la sentencia cuando la conclusión es un fallo condenatorio (SSTS 152/2006, de 1-2 ; y 755/2008, de 26-11). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógico que la predetermine, salvo manifiesta incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS 429/2003 de 21-3 ; 249/204, de 26- 2 ; 280/2004, de 8-3 ; 409/2004, de 24-3 ; 893/2005, de 6-7 ; 755/2008, de 26-11 ; y 440/2015, de 29-6).

2. En el caso concreto refiere la parte como datos que se describen en los hechos probados y que predeterminan el fallo la afirmación del Tribunal cuando dice: " Como resulta que la niña Eufrosia habría sido objeto de, al parecer, abusos sexuales ajenos a esta causa y anteriores a los que han sido objeto de la misma, por los que tendría cierta aprensión a los hombres, su madre Almudena propuso a Juan Carlos -su compañero sentimental- que tocara a la niña por entonces de 11 o 12 años de edad para que ésta superara dicha animadversión o repulsa, -dada la condición de padrastro de Juan Carlos - comenzando éste a dicha edad a manosearla con intención lasciva..."

La defensa alega que esos hechos no son ciertos dado que no concurre prueba alguna que los fundamente, a pesar de lo cual se transcriben en la sentencia y predeterminan el fallo, sin que se haya dictado sentencia alguna en la que constara la existencia de esos abusos sexuales anteriores perpetrados por un sujeto ajeno al acusado Juan Carlos .

Pues bien, ninguna de esas frases y locuciones que se citan tienen un carácter técnico-jurídico ni son propias o exclusivas del ámbito discursivo ni del léxico de los profesionales del derecho, sino que se trata de expresiones asequibles al ciudadano común utilizadas y compartidas en el uso coloquial del lenguaje. Y si bien es cierto que contribuyen a condicionar la fundamentación jurídica y a determinar el fallo de la sentencia, ello no debe considerarse como un vicio procesal sino más bien como todo lo contrario, dado que no cabría condenar a un sujeto si los hechos naturales que se describen en la premisa fáctica de la sentencia no resultaran subsumibles en un precepto penal.

La testigo/víctima manifestó que esos hechos referentes a un episodio anterior de abuso sexual eran ciertos y que ello fue lo que determinó la petición de la acusada a su compañero sentimental para que hiciera los tocamientos a la declarante con el fin de evitar que tuviera aprensión a los hombres. Y así se recogió en la sentencia como hecho considerado probado merced a una prueba testifical. Sin que -se insiste- se aprecie ninguna connotación jurídica en esa descripción fáctica que pueda predeterminar jurídicamente el fallo. Cosa distinta es que ello sea cierto o no, aspecto que en modo alguno puede cuestionarse a través del motivo de quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.1º de la LECr .

Y lo mismo debe decirse con respecto a la afirmación del "factum" referente a que el acusado es una persona de "carácter violento", pues tampoco en este caso estamos ante una expresión técnico-jurídica que defina o dé nombre al contenido del tipo aplicado, ni se trata de



un término asequible tan solo para los juristas o técnicos y no compartido en el uso del lenguaje común o coloquial. El Tribunal se limita a plasmar un dato personal referente al acusado que había sido aportado en la vista oral del juicio por varias de las testigos que en el plenario depusieron.

Así las cosas, es claro que el primer motivo del recurso no puede acogerse.

Cuarto .

1. En el motivo segundo denuncia la parte, bajo la cobertura procesal del art. 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE).

La defensa de la acusada centra su impugnación en cuestionar la veracidad y fiabilidad del contenido del testimonio de cargo de la denunciante, Eufrasia . Y para ello, una vez que no resulta fácil desvirtuar los datos relativos a los tocamientos sexuales del acusado sobre la menor, dada la existencia de varios testimonios en esa dirección y también la consistencia incriminatoria que alberga la aportación de la grabación en la que se percibe cómo el acusado realiza actos de esa índole sobre la víctima, argumenta la acusada que la versión de su hija es repugnante y disparatada. Y alega al respecto que una persona en su sano juicio no puede inducir a su compañero sentimental a que realice tocamientos sexuales sobre una menor que es la hija de la propia inductora. Y esa alegación la complementa con la negación de que ella supiera en el curso de "los nueve o diez años" que duraron los tocamientos la existencia de éstos.

Como explicación a la denuncia de su hija señala el hecho de que la acusada se opuso a la relación que ésta mantenía con su novio, relación que no aprueba, y ello es lo que habría determinado el abandono de la vivienda familiar por parte de Eufrasia . Ésta, a partir de que su madre muestra su oposición a la relación de noviazgo que mantenía la denunciante y decide "cerrarle el grifo", orquesta una venganza a modo de denuncia por abusos sexuales, según la versión que se sostiene en el recurso.

Formuladas estas alegaciones previas, dedica después la parte el escrito de impugnación a poner de relieve lo que considera importantes lagunas, discrepancias y contradicciones del testimonio de cargo. Para lo cual contrasta las declaraciones prestadas por Eufrasia ante la policía y en el juzgado, procedimiento habitualmente utilizado en la práctica procesal para desvirtuar la fiabilidad, veracidad y credibilidad de las pruebas personales que se presentan con una sólida consistencia incriminatoria.

En el fundamento segundo de esta sentencia de casación ya se describió la prueba testifical de cargo con que contó la Sala de instancia para fundamentar la intervención en los hechos de ambos acusados, a cuyo contenido nos remitimos. Y en el propio recurso de casación la parte expone que Eufrasia manifestó que desde que empezó a vivir con ellas Juan Carlos , pareja sentimental de su madre, el acusado comenzó a abusar sexualmente de ella y estos abusos se producían por orden de la acusada con el único objetivo de vencer la fobia que la menor tenía a los hombres. Y también es claro, según se especifica en el recurso, que la denunciante también declaró en el plenario, y así puede constatarse en la grabación de la vista oral, que la acusada conocía perfectamente esos abusos sexuales y nada hizo para remediarlo. Testimonio que la Sala de instancia complementó con lo depuesto por las dos hijas del propio acusado.

2. Frente a un testimonio de cargo extenso y rico en contenido incriminatorio, que aparece corroborado por otras pruebas testificales y la grabación de un móvil aportada por la propia denunciante, la defensa de la acusada dedica el grueso de su argumentación



www.civil-mercantil.com

impugnatoria a reseñar que las declaraciones prestadas por la testigo-víctima ante la policía y el Juzgado, y también en la vista oral del juicio, no coinciden en algunos aspectos, procurando resaltar y acentuar cualquier detalle de las manifestaciones que mostrara alguna contradicción u omisión de datos, buscando con ello desvirtuar y debilitar el testimonio de Eufrasia .

Sin embargo, conviene recordar que esta Sala tiene establecido de forma reiterada que en la ponderación de las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos) se debe distinguir un primer nivel dependiente de forma directa de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno, en principio, al control en vía de recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo puede ser revisada en casación, censurando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (SSTS 227/2007, de 15-3 ; 893/2007 de 3-10 ; 778/2007, de 9-10 ; 56/2009, de 3-2 ; 264/2009, de 12-3 ; 901/2009, de 24-9 ; 960/2009, de 16-10 ; y 398/2010, de 19 de abril , entre otras).

Estas observaciones, ciertamente, deben ser matizadas, pues esta misma Sala también ha precisado que no cabe interpretarlas en el sentido de que el órgano de casación, operando con criterios objetivos, no pueda revisar la racionalidad con la que el Tribunal de instancia ha reconocido credibilidad a quien ha prestado declaración a su presencia. Ni que, por lo tanto, el Tribunal que efectúa la revisión no pueda excluir de lo probado aquellos hechos respecto de los que considere que la prueba personal, tal como ha sido valorado su resultado, se muestra inconsistente. Pues "el Tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la inmediación y no ampararse en su mera concurrencia para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo ocurrido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta" (SSTS 1579/2003, de 21-11 ; y 677/2009, de 16-6). Y en la misma dirección, también se ha advertido que la inmediación no puede confundirse con la valoración de la prueba ni menos aún con la justificación de la misma, ya que la inmediación no blinda a la resolución judicial contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior (STS 716/2009, de 2-7 ; y 398/2010, de 19 de abril).

Ahora bien, ello no quiere decir que en el presente caso se haya realizado un análisis de la prueba testifical que se oponga a las máximas de la experiencia ni a la lógica de lo razonable en materia probatoria. Muy al contrario, los datos que acompañan al testimonio de la víctima permiten concluir que la Sala de instancia realizó un análisis racional y coherente de la prueba testifical de cargo.

Por lo demás, carecen de relevancia frente a lo que se acaba de exponer las alegaciones de la recurrente relativas a algunos datos accesorios sobre los que concurrió alguna contradicción u omisión en las diferentes manifestaciones que prestó la víctima en el curso de la causa. Pues, como puede fácilmente comprenderse, y hemos expuesto en otras ocasiones, resulta totalmente inevitable que al comparar las declaraciones que presta un testigo en la fase de instrucción con las que hace después en la vista oral del juicio afloran algunas diferencias, omisiones y contradicciones. En primer lugar, porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando ha transcurrido cierto tiempo. En segundo lugar, un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración. Y por último, también resulta



www.civil-mercantil.com

obvio que la persona que transcribe la declaración en el acta no plasma literalmente todo su contenido, sino que trastoca, modifica y varía de forma involuntaria e inconsciente los vocablos, las expresiones y los propios giros lingüísticos utilizados por el testigo, alteración muy difícil de evitar en muchos supuestos, pero que acaba afectando ineluctablemente al contenido del testimonio prestado. Y así lo hemos destacado en algunos precedentes de esta Sala (STS 411/2011, de 10-5).

Partiendo, pues, de esa premisa empírica incuestionable, no cabe desvirtuar de plano un testimonio por la circunstancia de que no coincida literalmente con otro anterior prestado por el mismo sujeto en la causa o con el de otro testigo, ya que de ser así parece claro que la eficacia de la prueba de cargo se volatilizaría en la mayoría de los casos. Debe, por el contrario, el juzgador ponderar si las discrepancias entre los testimonios compulsados afectan a hechos o datos nucleares o si sólo conciernen a circunstancias fácticas periféricas o secundarias, pues en este último caso no puede considerarse que la prueba testifical quede mermada en su virtualidad verificadora.

Pues bien, en el presente supuesto la coincidencia de las manifestaciones de la víctima en el curso del procedimiento es sustancial en lo que respecta a los hechos principales que apoyan la condena, y las diferencias o incoherencias que pudieran concurrir con respecto a sus testimonios precedentes carecen de relevancia y no desvirtúan la coherencia y la veracidad de la narración fáctica que integran el "factum" de la acusación y de la sentencia.

A ello ha de sumarse lo declarado por otras dos testigos y la grabación de imágenes personalmente efectuada por la víctima que fue exhibida y visionada en el juicio oral. De todo lo cual se desprende que la Audiencia operó con las máximas de la experiencia aplicables en casos similares y con una lógica argumental que en modo alguno puede tildarse de errónea. Pues, una vez que se evidencia la ejecución de abusos sexuales por parte del acusado a la menor durante varios años y efectuados además de forma reiterada, resulta razonable y coherente la versión de la víctima cuando afirma que su madre conocía la existencia de esos tocamientos. Conocimiento que le llegaba a la acusada por dos vías: las quejas que le formulaba personalmente la menor y la convivencia de la acusada en el mismo domicilio, lo que le permitía percibir con facilidad unos actos sexuales que se perpetraban diariamente.

A tenor de todo lo expuesto, ha de estimarse debidamente enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Quinto .

1. En el motivo tercero aduce la recurrente, por la vía de la infracción de ley prevista en el art. 849.1º de la LECr ., la infracción de los arts. 183.1 y 4 b) y d), en relación con el art. 74.1 , todos ellos del C. Penal .

La defensa se limita en este caso a poner de relieve la falta de coincidencia de las calificaciones jurídicas del Ministerio Fiscal y de la acusación particular y a hacer de nuevo una alusión tangencial a la falta de consistencia del testimonio de la víctima. Poco se puede decir por tanto de unas escuetas alegaciones que no entran realmente a examinar en profundidad y con precisión jurídica los tipos penales aplicados en la sentencia recurrida, a pesar de que, como se argumentará a continuación, sí concurre un error de subsunción que favorece a la acusada. Y tampoco se entra a analizar ni a cuestionar en el recurso desde una perspectiva estrictamente jurídica la modalidad de cooperación necesaria omisiva en que incurre la acusada al conocer y no evitar los actos de abusos sexuales perpetrados por el acusado sobre la hija de la recurrente, actos que la propia acusada había propuesto al autor en su momento, tal como se especifica en los hechos probados.



2. El error de subsunción a que nos hemos referido lo pone de manifiesto el Ministerio Fiscal cuando arguye en su escrito de alegaciones que, si bien la incardinación de los hechos declarados probados en un delito continuado de abusos sexuales sobre una víctima menor de 13 años es correcta, concurriendo además la agravación específica de haberse prevalido de la relación de parentesco con la menor y ser dos personas las que incurrieron en los hechos, no puede decirse en cambio lo mismo con respecto a qué redacción del texto penal ha de aplicarse. La acusación pública considera sobre ese extremo concreto que no cabe aplicar la redacción del C. Penal implantada por la LO 5/2010, de 22 de junio, como ha hecho la Audiencia, pues cuando esa reforma entró en vigor -el 24 de diciembre de 2010- la denunciante ya no era menor de 13 años, sino que había cumplido los 16 años de edad (nació el NUM002 de 1994).

Le asiste, por consiguiente, la razón al Ministerio Fiscal cuando incide en el error de la Sala de instancia por aplicar un tipo penal agravado de abusos sexuales a menor de 13 años en un momento en el que la víctima tenía ya una edad claramente superior. Para aplicar el Código Penal en la versión que entró en vigor en diciembre de 2010 era preciso que la víctima tuviera menos de 13 años en esa fecha, circunstancia que sin duda no se daba. Por lo cual, se aplicó retroactivamente la reforma de 2010 a los hechos cometidos entre los años 2005 a 2007, que fue el periodo de consumación delictiva en que la menor sí tenía menos de 13 años, aplicación retroactiva que vulnera los arts. 9.3 de la Constitución y 2 del C. Penal, así como la disposición transitoria primera de la LO 5/2010.

En el tiempo que la víctima tenía menos de 13 años de edad, esto es, con anterioridad al NUM002 de 2007, la norma aplicable era la establecida en el art. 181.1, 2 y 4 del C. Penal, en relación con los arts. 180.1.4º y 74.1º del mismo texto legal, según la redacción correspondiente a la LO 11/1999, de 30 de abril, que entró en vigor el 21 de mayo siguiente. En tales apartados normativos quedan comprendidos los supuestos fácticos que se dan en el presente caso: abusos sexuales con una menor de 13 años ejecutados prevaliéndose de una situación de superioridad o de parentesco. Por lo cual, es claro que la calificación jurídica que sostiene el Ministerio Público en su escrito de alegaciones se ajusta a derecho y debe ser acogida dado que sin duda favorece a ambos acusados.

La pena en estos casos comprende de uno a tres años de prisión o una pena de multa, penas sin duda inferiores a las que aplicó la Sala de instancia, que operó con una pena de 2 a 6 años de prisión. Esta pena fue incrementada dos veces en su mitad superior: una por la agravación del prevalimiento y un segundo escalón por tratarse de un delito continuado, imponiéndole la Audiencia finalmente una pena de 6 años de prisión a cada uno de los recurrentes.

El Ministerio Fiscal solicita que se aplique ahora en casación la pena de prisión en una cuantía de 3 años y 9 meses de prisión, que es la máxima pena posible, para lo cual opera con la posibilidad que otorga el delito continuado de incrementar la pena hasta la mitad inferior de la pena superior en grado (art. 74.1 del C. Penal), pena que por lo tanto alcanza hasta 3 años y 9 meses de prisión. Esta pena resulta notablemente inferior a la de seis años de prisión que se le aplicó por la Audiencia a cada uno de los acusados.

A tenor de las circunstancias específicas que concurren en el caso ha de accederse a la petición del Ministerio Fiscal, toda vez que se trata de unos abusos sexuales que se prolongaron durante varios años en el tiempo, con una actividad delictiva repetida casi a diario y realizada merced a la intervención connivente de dos personas, una de las cuales era la madre de la víctima.

Se estima, pues, parcialmente este motivo del recurso, con efecto extensivo para el otro recurrente por resultarle favorable en este caso la nueva calificación delictiva (art. 903



www.civil-mercantil.com

LECrl), declarándose de oficio las costas devengadas en esta instancia por ambos impugnantes (art. 901 LECr .).

III. FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de Almudena contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, de 19 de abril de 2016 , que condenó a la recurrente como autora de un delito continuado de abusos sexuales sobre una menor de 13 años, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así parcialmente anulada, con efectos extensivos para el recurrente Juan Carlos , que fue condenado por el mismo delito y con las mismas penas, declarándose de oficio de las costas causadas en esta instancia.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo , constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a quince de Febrero de dos mil diecisiete.

En la causa sumario nº 1/15, del Juzgado de instrucción número 9 de Zaragoza, seguida por un delito de abuso sexual a una menor de 13 años contra, Juan Carlos nacido en Sabadell el día NUM003 de 1969, con DNI NUM004 , hijo de Bernardo y de Matilde y Almudena nacida en Zaragoza, el día NUM005 de 1970, con DNI NUM006 , hija de Eusebio y de Tarsila , la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera dictó en el Rollo de Sala 31/2015 sentencia en fecha 19 de abril de 2016 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En virtud de lo argumentado en el fundamento quinto de la sentencia de casación, procede modificar la sentencia recurrida en el sentido de aplicar a los acusados la redacción



www.civil-mercantil.com

del Código Penal correspondiente a la reforma incorporada por la Ley Orgánica 11/1999, de 21 de abril, lo que determina que se imponga ahora a cada uno de los acusados una pena de 3 años y 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, manteniéndose la pena impuesta por la Audiencia de prohibir a ambos acusados, por un periodo de siete años computado desde la firmeza de la presente resolución, la aproximación a Eufrasia en cualquier lugar donde se encuentre, así como el acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, a una distancia inferior a 200 metros, y la comunicación con ella por cualquier medio.

III. FALLO

Se modifica la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 19 de abril de 2016 en el sentido de imponer ahora a ambos acusados, Juan Carlos y Almudena (con arreglo a la redacción del Código Penal correspondiente a la reforma incorporada por la Ley Orgánica 11/1999, de 21 de abril) una pena a cada uno de ellos de 3 años y 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, manteniéndose la pena impuesta por la Audiencia de prohibir a ambos acusados, por un periodo de siete años computado desde la firmeza de la presente resolución, la aproximación a Eufrasia en cualquier lugar donde se encuentre, así como el acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, a una distancia inferior a 200 metros, y la comunicación con ella por cualquier medio. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

PUBLICACIÓN . Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.