



Roj: **STS 1954/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1954**

Id Cendoj: **28079120012023100335**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2023**

Nº de Recurso: **10571/2022**

Nº de Resolución: **307/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1554/2022,**
STSJ M 10515/2022,
STS 1954/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 307/2023

Fecha de sentencia: 26/04/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10571/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/04/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10571/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 307/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 26 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **10571/2022** interpuesto por **Carlos**, representado por el Procurador Sr. D. Manuel Díaz Alfonso y bajo la dirección letrada de D. José José Luis Valdueza Beneitez, contra la Sentencia nº 301/2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 6 de septiembre de 2022, resolviendo en grado de apelación la causa seguida contra el citado por delito de agresión sexual a menor de 16 años en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid y proveniente del Juzgado Mixto nº 4 de Alcorcón (Sumario ordinario 395/2020). Ha sido parte recurrida Daniela representada por la Procuradora Sra. D.ª Paloma Briones Torralba y bajo la dirección letrada de D.ª **Leticia Mena Mateos**. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quinta) el Procedimiento Ordinario nº 395/2020 procedente del Juzgado Mixto nº 4 de Alcorcón se dictó Sentencia con fecha 17 de febrero de 2022 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"De la apreciación de las pruebas practicadas resulta PROBADO Y ASI SE DECLARA. Que Carlos, nacido el día NUM000 de 1970 y nacional de la Rep. Dominicana con NIE NUM001 con situación administrativa regular en España y sin antecedentes penales, se encontraba el día 5 de julio de 2020 sobre las 13:30 horas en el domicilio familiar sito en la PLAZA000 nº NUM002 de la localidad de DIRECCION000 en el que convivía con su pareja, el hijo común de ambos de tres años y la hija de su pareja: Lourdes nacida el día NUM003 de 2004.

El anterior se dirigió a la habitación de la menor y tras darle cincuenta euros y hablar con ella, la coge del brazo y la lleva a la habitación contigua de su pareja; una vez en el dormitorio vino en empujar a la menor contra la pared en el hueco de esta con el armario; y tras acercarse a ella, le coge una mano para colocársela por encima del pantalones a la altura del miembro viril al tiempo que levantó aquella la blusa del pijama y le vino a tocar los pechos; por ello la menor la aparta y le echa para atrás queriendo salir de su lado, lo que Carlos le impide y la empuja sobre la cama y, no obstante la oposición del menor, en un momento dado con ánimo libidinoso, le agarra y consigue bajarle los pantalones y el tanga por debajo de la rodilla para después de ello, apartando los muslos previamente, penetrarla por vía vaginal con introducción del pene si bien después se retira de la misma y eyacula fuera de ella sobre la altura del pecho en la ropa que portaba la menor.

A resultas de lo anterior, la menor Lourdes sufrió petequias en la zona antero medial del muslo derecho, lesiones que solo precisaron una primera asistencia facultativa de las que tardó en curar cinco días y se vio afectada psicológicamente mostrando síntomas y signos en el ámbito cognitivo y conductual".

SEGUNDO.- La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"Que debemos condenar y condenamos como responsable en concepto de autor de un delito agresión sexual a menor de 16 años ya definido, sin que concurra circunstancias que modifiquen su responsabilidad criminal, a la PENA DE PRISION DE DOCE AÑOS, con la de inhabilitación absoluta, y la pena de prohibición de aproximarse a la menor Lourdes, a su domicilio, centro de estudio o de trabajo, o de cualquier otro que frecuente así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 15 años una y otra y la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 18 años y a que indemnice a la menor a través de su representante procesal, en la cantidad de 15.250 euros por los daños físicos y daño moral y con imposición de costas causadas, incluidas en estas los derechos del procurador y honorarios de Letrado de la Acusación Particular

Es de imponer al condenado. la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años.

Y con reserva de acciones civiles que pudieran corresponder a la perjudicada con respecto de secuelas de futuro".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se formuló Recurso de Apelación por el condenado, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó Sentencia con fecha 6 de septiembre de 2022 que, aceptando los Hechos Probados de la Sentencia de instancia, contiene la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Carlos, frente a la sentencia de fecha 17 de febrero de 2022, dictada por la sección nº 5 de la Audiencia Provincial de Madrid,



en autos de procedimiento sumario ordinario 2642/2021, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada sentencia, sin hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y con certificación de la misma, una vez sea firme, devuélvanse los autos al órganos judicial de referencia".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el condenado 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, alegando los siguientes motivos:

Motivos aducidos por Carlos .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim (sic) y 5.4 LOPJ, por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. **Motivo segundo.-** Por error en la apreciación de la prueba (art. 849.2º LECrim).

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos. La representación procesal de **Daniela** , como madre y representante legal de la menor Lourdes . igualmente los impugnó. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Diligencia de ordenación de fecha 15 de diciembre de 2022, se concedió audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para formular alegaciones sobre la incidencia de la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

El recurrente Carlos solicitó la aplicación de la ley orgánica 10/2022 de 6 de septiembre.

La representación procesal de la parte recurrida, Daniela , se opuso a tal aplicación retroactiva. La pena impuesta, según su estimación, es también imponible con arreglo a la nueva legislación.

El **Ministerio Fiscal** reclamó igualmente el mantenimiento de la pena impuesta al considerarla, no solo imponible, sino también proporcionada y ajustada a la gravedad de los hechos de acuerdo con la nueva legislación.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 25 de abril de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso se canaliza a través del art. 5.4 LOPJ (más correcto sería invocar el art. 852 LECrim). Denuncia vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). El segundo sostiene idéntica pretensión aunque desde la desenfocada perspectiva del art. 849.2º LECrim. El error en la apreciación de la prueba, que eleva a gravamen susceptible de ser alegado en casación ese precepto, no resulta de cualquier equivocación en esa valoración, sino exclusivamente de la que deriva de genuina prueba documental, no contradicha por otros elementos de prueba. La forma de razonar de ese segundo motivo no se atiene a esa exigente estructura: ni invoca un documento literosuficiente, ni se preocupa de especificar -sería imposible- la inexistencia de medios de prueba personales que militen en contra de su pretensión. Se limita a abundar en otros argumentos que, a su juicio, debilitan la convicción probatoria de culpabilidad alcanzada por el Tribunal de instancia y refrendada en apelación. Daremos, pues, respuesta unificada a ambos motivos.

Restará luego examinar la incidencia de la reforma de 2022, para comprobar si resulta aplicable como sostiene el recurrente; o, por el contrario, debe mantenerse la penalidad que se ha impuesto, como reclaman ambas acusaciones.

SEGUNDO.- Enseña la STC 33/2015, de 2 de marzo, que es doctrina clásica -reiterada desde las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1, o 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2- que la presunción de inocencia, además de ser criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria. Sólo es admisible y legítima la condena si ha mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo.

El recurrente considera que no se han respetado las exigencias últimas de tal derecho constitucional. La prueba de cargo sería insuficiente.

Acepta la existencia de contacto sexual con la víctima, pero rechaza que se llegase a la penetración o que emplease ningún tipo de violencia, situando la iniciativa del contacto en la menor, hija de su pareja, con la



que convivía. De esa forma viene a asumir que cometió una infracción penal (la víctima no había alcanzado la edad de 16 años), pero de gravedad muy inferior a aquella por la que ha sido condenado. Quiere explicar las manifestaciones de la víctima en el intento de encubrir su culpa en el incidente, al ser provocado por ella.

Con esa idea intenta responder a todos y cada uno de los datos aducidos por la sentencia de instancia.

No lo consigue. Frente a esa versión, la Audiencia despliega una impecable y suasoria motivación fáctica en el segundo de los fundamentos de derecho de la sentencia descartando que la menor haya podido apartarse en lo esencial de su relato (singularmente en lo relativo a la penetración y al forzamiento) de lo realmente sucedido. Se apoya en la coherencia de la narración, su percepción del testimonio y el aval del informe psicológico.

El fundamento de derecho cuarto de la sentencia de apelación recrea y robustece el argumentario de la Audiencia Provincial. Apunta, entre otras cosas, al testimonio corroborador de *Carlos María*. Alguna expresión espontánea del acusado al ser interpelado ("*me he arruinado la vida*") abunda en esa convicción, aunque él haya tratado de darle un significado parcialmente distinto, compatible con su versión de los hechos.

TERCERO.- La condena guarda armonía con la doctrina jurisprudencial sobre la forma de valorar las declaraciones de la víctima (líneas orientadoras y no requisitos de validez o de valorabilidad). Un mimetismo total en la sucesivas declaraciones, lejos de ser criterio de credibilidad, apunta más bien en sentido contrario. Lo habitual es que haya variaciones e incluso alguna divergencia en los sucesivos relatos. La argumentación volcada por Audiencia y Tribunal Superior de Justicia denotan una cuidadosa valoración probatoria que les lleva a desechar cualquier motivo de incredibilidad. Verificamos la idoneidad de esas manifestaciones avaladas por unos informes psicológicos para llevar al convencimiento plasmado en la sentencia.

No es la casación marco propicio para una revaloración de las declaraciones personales para lo que, además, no es herramienta hábil la presunción de inocencia. Indica la STC 133/2014 que la credibilidad de los testimonios no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia.

No hay atisbo alguno que permita encontrar en las manifestaciones de la menor una motivación diferente a la propia realidad de los hechos.

El informe sobre la credibilidad de la testigo menor ha coadyuvado a la convicción de la Sala. Es bastante expresivo. En los parámetros en que se mueve esa ciencia no es posible proclamar de manera apodíctica la credibilidad absoluta, en ningún caso. Las calificaciones al uso oscilan entre la "incredibilidad" y la "credibilidad" pasando por la "imposibilidad de determinar" o el "probablemente creíble" o "increíble", o "muy probablemente creíble" o "altamente probable". Para llegar a la certeza es necesario manejar otros criterios no estrictamente científicos que han de ser tomados en consideración en la tarea de enjuiciamiento. El juicio del psicólogo jamás podrá suplantar al del Juez, aunque puede ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados en esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que, entre otros elementos, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, manipulación o invención (vid. STS 403/1999, de 23 de marzo, fundamento de derecho 4º o SSTS 1131/2002, de 10 de septiembre. 255/2002, de 18 de febrero, 1229/2002, de 1 de julio y 705/2003, de 16 de mayo).

La vieja máxima de raíces judeo-cristianas *testis unus testis nullus* fue desterrada del moderno proceso penal. Ello no puede degenerar en una relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni una debilitación del *in dubio*. Esa deriva es fruto de la inconveniencia de condicionar la valoración probatoria por rígidos moldes legales diferentes a las máximas de experiencia y reglas de la lógica y del repudio del arcaico sistema de prueba legal.

El hecho de que la prueba esencial venga constituida por el testimonio de la víctima es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que la ley desdeñaba esa prueba única (*testimonium unius non valet*), considerándola insuficiente por imperativo legal (prueba legal negativa) y no por valoración de un Tribunal. Ese cambio de paradigma no nació como producto de concesiones para evitar la impunidad de ciertos tipos de delito en que normalmente no se cuenta con más prueba que la palabra de la víctima. No es una coartada teórica para degradar la presunción de inocencia. Las razones de la derogación de tal regla radican en el sistema de valoración racional de la prueba y no en un inasumible pragmatismo defensor que obligase a excepcionar principios esenciales.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un



acto de fe ciego, de una intuición, o de un "pálpito" bendecido irracionalmente con la invocación a una etérea intermediación, como coartada de la orfandad motivadora.

En los casos de "declaración contra declaración" (normalmente no aparecen supuestos en ese estado puro y desnudo, sin otros elementos concomitantes), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa, en lo esencial, en una testifical ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan.

Un argumento que apoyase la posibilidad de condena a partir de un único testimonio en el riesgo de impunidad sería rechazable. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la máxima: "*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado) contra la cual lanzaron aceradas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de esa premisa aniquilaría la presunción de inocencia como tal. La Sentencia del TS americano que a finales del siglo XIX, esgrimía, por primera vez en aquel Tribunal con esa etiquetación, la presunción de inocencia -caso *Coffin v. United States*-, evocaba un muy citado suceso tomado de la Roma imperial. Es ilustrativo y sigue enseñando al jurista del siglo veintiuno: cuando el acusador se dirigió al Emperador Juliano arguyendo, temeroso de que se desestimase su pretensión, "... *si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?*"; recibió una muy sensata réplica: "*Y si fuese suficiente con acusar, qué le sobrevendría a los inocentes?*".

La testifical de la víctima, ciertamente, puede ser prueba suficiente para condenar; pero es imprescindible una motivación fáctica reforzada que vaya mucho más lejos de un desnudo " *es creíble*", "*me ha convencido*", "*la creo*".

En ese contexto encaja bien el triple test establecido por la jurisprudencia para valorar la credibilidad del testigo víctima -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores (verosimilitud), ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva-. No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad, sino meras orientaciones a ponderar en tanto constituyen herramientas que ayudan a acertar en el juicio. Son pautas de contraste que no se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, *ex lege*, por ministerio de la ley (prueba legal negativa) -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena. Ni lo uno ni lo otro. Es posible no conferir capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que ha sido persistente, congruente y coherente; cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla; y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es perfectamente imaginable que una sentencia condenatoria tome como prueba esencial la única declaración de la víctima huérfana de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a identificarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique de forma convincente y racionalmente compartible por qué, a pesar de ellos, no tiene dudas sobre la realidad de los hechos y la autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor).

La prueba de cargo practicada ha de considerarse *in casu* suficiente para llegar a la convicción de la Sala; convicción que se encuentra explicada mediante un razonamiento suasorio, y sin agujeros: se analizan todos los factores concurrentes y se expone motivadamente el porqué de esa certeza que ha llevado a la condena.

El motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- Queda por examinar la incidencia de la entrada en vigor de la Ley orgánica 10/2022.

El recurrente reclama su aplicación.

Fiscal y Acusación particular, aún admitiendo que en abstracto la Ley vigente podría ser más favorable por contener un mínimo penológico para los hechos más bajo, entienden que la pena impuesta -doce años de prisión- es ajustada y proporcionada dada la gravedad de la conducta. Solicitan que sea mantenida por resultar posible también con la normativa vigente.

Desde ningún punto de vista es más beneficiosa la legislación actual.

El Tribunal rechazó con fundadas razones la agravación específica de abuso de superioridad.

Tal subtipo agravado, empero, fue enriquecido en la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, adicionando una nueva causa de agravación: el aprovechamiento de una situación de convivencia. No hay duda de que concurriría en este supuesto. El hecho probado contiene datos claros que suponen no solo la



convivencia sino también el aprovechamiento de ese elemento para cometer más fácilmente el delito (busca a la menor en su cuarto y la lleva al dormitorio de la pareja)

Dice el actual art. 181:

" 1. El que realizare actos de carácter sexual con un **menor de dieciséis años**, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años....

2. Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de *cinco a diez años*.

...

3. Cuanto el acto sexual consista en **acceso carnal por vía vaginal**, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años de prisión en los casos del apartado 1, y con la pena de *prisión de diez a quince años* en los casos del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de *prisión correspondiente en su mitad superior* cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

e) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable **se hubiera prevalido de una situación de convivencia** o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. (énfasis añadido).

La pena fijada en la legislación previgente para el delito por el que ha sido objeto de condena se movía entre doce y quince años de prisión.

La legislación reformada (art. 181 CP) establece un arco que oscila entre doce años y seis meses de prisión y quince años. Además, habría que añadir alguna accesoria no presente en la legislación previgente (art. 192 CP). Es obvio que no es de aplicación el art. 2 CP. Hay que estar a la legislación vigente en el momento de los hechos.

No es obstáculo para adoptar esta solución que ninguna de las acusaciones haya invocado la citada norma (art. 181.4. e). No estamos ante un problema de acusatorio, sino de comparación global de dos legislaciones. Las acusaciones se han opuesto a la adaptación. Acoger esa pretensión, aunque sea con un argumento legal no aducido, no lesiona derecho alguno.

QUINTO.- Las costas han de correr de cargo del recurrente al haber sido desestimando su recurso (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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Carlos** , contra la Sentencia nº 301/2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 6 de septiembre de 2022, resolviendo en grado de apelación la causa seguida contra el citado por delito de agresión sexual a menor de 16 años en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, proveniente del Juzgado Mixto nº 4 de Alcorcón (Sumario ordinario 395/2020).

2.- Imponer a Carlos el pago de las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García