



Roj: **STS 3989/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3989**

Id Cendoj: **28079120012022100846**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2022**

Nº de Recurso: **439/2021**

Nº de Resolución: **875/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 15010/2020,**  
**STS 3989/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 875/2022**

Fecha de sentencia: 07/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 439/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/11/2022

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

Procedencia: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, SALA DE LO CIVIL Y PENAL

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 439/2021

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

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 875/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 7 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 439/2021, interpuesto por **D. Epifanio** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Silvia Barreiro Teijeiro bajo la dirección letrada de D. Santiago José Paniagua Benito contra la sentencia núm. 356/2020 dictada en el Rollo de Apelación núm. 345/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 11 de diciembre de 2020 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 330/20 dictada el 11 de septiembre de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30<sup>a</sup> en el Rollo de Sala 324/20.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado Mixto núm. 3 de Collado Villalba instruyó el Procedimiento Abreviado con el núm. 589/18 por delito de abuso sexual a menor de dieciséis **años**, contra Epifanio, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid Sección 30<sup>a</sup>, en la que vista la causa dictó en el Rollo de Sala 324/2020 sentencia núm. 330/20 en fecha 11 de septiembre de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El día 22 de septiembre de 2018 la menor Laura, nacida el NUM000 de 2012, hija de Lorena y de Hipolito, acudió junto con su abuela Milagros a pasar el día al domicilio en que su hija Natividad, tía materna de la menor, residía junto a sus suegros, el acusado Epifanio, con NIE NUM001, natural de Colombia, nacido el NUM002 de 1962, sin antecedentes penales, y la esposa de éste. Domicilio sito en la URBANIZACION000, no NUM003, de DIRECCION000 (Madrid).

En torno a las 19'00 horas, la menor manifestó a su abuela que quería sacar a pasear al perro junto con el acusado. En un principio Milagros se negó, debido a que el acusado se encontraba en estado de embriaguez, pero finalmente, ante la insistencia de la menor, Milagros accedió. Durante el paseo y cuando se encontraban en un parque, con motivo de que el acusado quería orinar, se sacó el pene del pantalón y le dijo a la menor "mira qué grande es". En el camino de regreso al domicilio, el acusado besó a la menor en los labios llegando a introducirle la lengua en la boca, causando en la menor tal desagrado que llegó a casa llorando.

El acusado en ese momento se encontraba en estado de embriaguez que afectaba moderadamente a sus capacidades cognitivas ni volitivas.

No consta que episodios similares al descrito se hubieran producido con anterioridad a los hechos".

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

"SE CONDENA a Epifanio como autor penalmente responsable de un DELITO DE ABUSO SEXUAL A MENOR DE DIECISÉIS **AÑOS** en su modalidad agravada por PREVALIMIENTO, anteriormente definido, con la concurrencia de la atenuante simple de embriaguez, a la pena de CUATRO **AÑOS** DE PRISIÓN, con la accesoria de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO durante el tiempo de condena.

SE IMPONE a Epifanio, como pena accesoria, la INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA DESEMPEÑAR CUALQUIER PROFESIÓN U OFICIO que conlleve CONTACTO regular y directo CON MENORES DE EDAD por tiempo de SIETE **AÑOS**.

SE IMPONE a Epifanio la MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA consistente en la obligación de PARTICIPAR EN PROGRAMAS DE EDUCACIÓN SEXUAL por tiempo de CINCO **AÑOS**.

SE PROHIBE a Epifanio APROXIMARSE a Laura a menos de 500 metros O COMUNICAR con ella en cualquier forma, por un tiempo de CINCO **AÑOS**.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena principal y, en su caso, de la responsabilidad personal subsidiaria, se abonará todo el tiempo de privación de libertad sufrido durante la tramitación de esta causa.

Conclúyase en legal forma la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

Al haberse incoado el proceso después del 6-12-15, esta Sentencia es recurrible en Apelación (ex artículo 846 Ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia



de Madrid, mediante escrito, autorizado con firma de Letrado, presentado en la Secretaría de esta Sala, en el término de 10 días.

Expídase testimonio de la presente resolución, que quedará unido a los autos, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado Epifanio, dictándose sentencia núm.356/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 11 de diciembre de 2020, en el Rollo de Apelación núm. 345/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Epifanio contra la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2020, dictada por la sección nº 30 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento abreviado nº 324/2020, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución y declaramos de oficio las costas de esta alzada".

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado, D. Epifanio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Primero.-** Por infracción de precepto constitucional- Quebrantamiento del principio constitucional de **presunción de inocencia** del art. 24.2 CE por la vía del artículo 5.4 LOPJ.

**Motivo Segundo.-** Infracción de Ley del art. 849.1 LECrim por infracción de preceptos de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter.

**Motivo Tercero.-** Infracción de Ley del art. 849.2 LECrim por infracción de error en la apreciación de la prueba.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal, se pone a los motivos del recurso, que subsidiariamente impugna, por las consideraciones expuestas en su escrito de 28 de mayo de 2021; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 3 de noviembre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en casación, la representación procesal de Epifanio, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia de la Audiencia Provincial que le condena como autor de un delito de abuso sexual contra menor de 16 años, en su modalidad agravada por prevalimiento, de los arts. 183.1 y 4.d) CP, entre otras penas, la privativa de libertad de cuatro años de prisión.

1. El primer motivo que formula es por infracción de precepto constitucional; quebrantamiento del principio de **presunción de inocencia** del art. 24.2 CE por la vía del artículo 5.4 LOPJ.

Alega que como se desprende de las actuaciones el acusado ha mantenido desde su primera declaración que no realizó las conductas descritas por la menor; mientras que la base de la Sentencia condenatoria, la integra únicamente la versión directa de la menor y la declaración de los testigos de referencia que cuentan lo relatado a raíz de las "manifestaciones de la menor, que ha ido contando con el transcurso de los días" y por eso, se tardó cinco días desde que ocurrieron los hechos hasta que la madre de la menor interpuso la denuncia. Además, la versión del menor, no ha sido corroborado por el análisis de la credibilidad del testimonio. Contenido que entiende insuficiente para destruir la **presunción de inocencia** del recurrente.

2. La reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, en el ámbito casacional introdujo el previo recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia y del que conocen las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; y si previamente, la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos.



De ello resulta una primera consecuencia, derivada de la propia evolución del recurso de casación; mientras en sus orígenes históricos no era sino un control de legalidad, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza.. la seguridad jurídica..."; de ahí su naturaleza de recurso extraordinario, de modo que garantizaba el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba salvaguardada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos; se produjo un ensanchamiento tendente a dejar manifiesta la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias de la revisión de pronunciamientos condenatorios del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación a las procedimientos celebrados en única instancia ante las Audiencias Provinciales. Ahora, generalizada la doble instancia, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala Segunda, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales ( art. 123 CE)

Consecuentemente, conlleva una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento, ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación.

Y cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia**, la función de esta Sala, se limita a verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos

Pero siempre contemplando que la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

3. Por tanto, el motivo debe ser desestimado, pues las cuestiones ahora suscitadas ya han recibido adecuada y fundada respuesta, por parte del Tribunal de apelación.



Efectivamente, el Tribunal Superior de Justicia, explica la necesidad de contemplar el conjunto probatorio sin desfragmentación singularizada; en este caso la indispensable apreciación global de las manifestaciones de la **víctima** y restantes testimonios.

Esta Sala Segunda, ha indicado que la calidad de todo cuadro de prueba para fundar sobre sus resultados una sentencia de condena no se mide por la fuerza acreditativa intrínseca de cada uno de los datos informativos que arrojan los medios de prueba producidos, sino por el valor integrado de todos ellos. Los valores específicos interactúan conformando la imagen probatoria. Lo que permite decantar una inferencia, un hecho consecuencia, lo suficientemente concluyente para situar las otras hipótesis en liza en un plano de manifiesta irrelevancia probabilística. Por ello, la utilización de un método deconstructivo de análisis arroja, con frecuencia, una falsa representación sobre la imagen proyectada por el cuadro de prueba. El abordaje crítico y aislado de cada uno de los datos de prueba puede, en efecto, patentizar la insuficiencia reconstructiva de cada uno, aunque ello no comporta que el resultado cumulativo de todos aquellos datos, interactuando, no sea suficientemente sólido para poder declarar probada la hipótesis de la acusación.

Y desde ese proceder metodológico, recuerda que la actuación de la familia del menor, se inició cuando tras dar un paseo con el recurrente la niña regresó a casa de su tía llorando y sin solución de continuidad narró a su abuela, Sra. Milagros, el suceso y desagrado que le había producido, y a partir de ese momento explicó repetidamente lo acontecido a su madre, Crescencia, y a su tía, hermana de la anterior, siempre en similares términos e incluyendo tanto el acto de exhibición como el contacto físico impuesto; aunque en algún momento la menor expuso otro incidente ocurrido en la cocina de la vivienda con anterioridad, la Sala descarta tenerlo por acreditado, sin embargo no debe sorprender que alguna de las testigos de referencia aluda al mismo: ello no detracta su testimonio, ni genera confusión. Lo esencial es que la menor ha mantenido una versión de los hechos lineal, insistente y que no incurre en contradicciones esenciales.

De forma que las corroboraciones periféricas del relato le resultan evidentes, especialmente cuando el escenario preciso para la comisión de los hechos es por todos reconocido

- la menor quedó encomendada al acusado y fueron juntos a pasear al perro;

- a su regreso estaba llorando y transmitió de forma inmediata la causa de su desconsuelo, dejando así ver el impacto sufrido, signo compatible con la situación narrada y que ha de ser entendido con la perspectiva de su edad **-seis años-** y desarrollo madurativo.

Y se añade, con especial magnitud en la corroboración del suceso, la circunstancia de que el acusado a la postre pidió perdón a los padres de la niña.

Por lo demás, se recuerda en la sentencia recurrida, no consta dato alguno sugerente de mala intención o proceder torticero en la menor, ni encuentra circunstancia alguna que pudiera motivar la invención de los hechos, atribuyéndoselos a una persona de su entorno familiar; en definitiva, en nada resulta afectada su declaración, por incredibilidad que derive de sus relaciones con el Sr. Epifanio.

En cuyas circunstancias, muestra su conformidad con la Sala sentenciadora que analizó la exploración de la menor, cómo narra secuencialmente los hechos, a la manera de una niña de **seis años**, sin que se detecte aleccionamiento anterior, y con naturalidad, lo que permitió reforzar la convicción de culpabilidad al excluir datos que supusieran fabulación o manipulación.

El motivo se desestima.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo lo formula por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim por infracción de preceptos de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, por indebida aplicación de la agravación prevista en el art. 183.4.d).

1. Entiende que no concurre la relación de superioridad ni de parentesco; precisa que el acusado es suegro de una tía de la niña; que no es un vínculo de los previstos en el precepto penal analizado y tampoco se encuentra con un elemento convivencial, continuo o temporal relevante, que permitiese concluir la superioridad.

2. El art. 183 castigaba al que realizase actos de carácter sexual con un menor de dieciséis **años** y preveía como modalidad agravada en el apartado d) del párrafo 4 que, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la **víctima**.

2.1. Entre otras muchas indica la STS 838/2021, de 3 de noviembre, con cita de otras varias, al analizar esta agravación, efectúa una precisión previa, que al tratarse de menores de 16 **años**, el art. 183 establece una **presunción** "iuris et de iure" sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles. Hay **presunción** porque efectivamente





se eleva a verdad jurídica lo que realmente es sólo posible, y siendo iuris et de iure, no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de esa capacidad que la Ley considera incompleta, porque en estas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contraestímulos suficientemente fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido. Aunque realmente no se parte de una ausencia del consentimiento del menor, sino lo que se presume es la falta de capacidad de consentimiento jurídico, pues se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y en virtud de esa **presunción** legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica.

Tras ese prólogo, reseña la resolución citada que en el artículo 183.4 d) se agrava la pena cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad para la ejecución del delito, supuesto que presenta diferencias sustanciales con el previsto en el artículo 181.3, en el que también se contempla un prevalimiento, aunque en esta ocasión dirigido a obtener el consentimiento de la **víctima**, al aprovechar el autor una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de aquella. En el primer caso, 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 739/2015, de 20 de noviembre, ya 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 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".

2.2. Ciertamente, en alguna sentencia como la citada por el recurrente, la 384/2018, de 25 de julio, al tratar de desentrañar esta concreta agravación, expresa:

*Se 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 acredita así. Concurrirán los presupuestos de la agravante cuando se identifique un prevalimiento que puede basarse bien en el parentesco, bien en una relación de superioridad.*

*Analicemos los dos términos de la agravación:*

*a) En cuanto a la relación de superioridad se basaría en este caso en la cercanía familiar. Bien vistas las cosas eso no añade un plus a la superioridad derivada de la edad, ya tomada en consideración para construir el tipo básico. Se refiere más bien a un abuso de confianza que es algo distinto del abuso de superioridad (como demuestra que se trate de dos agravaciones diferentes en el art. 22 CP). Además -aunque podamos imaginar algún supuesto en que no será así necesariamente- en principio introducir por la vía del inciso inicial de esta norma, lo que ha sido deliberadamente expulsado del inciso segundo tiene algo de fraude interpretativo: es decir, considerar que todo el parentesco que no es expresamente mencionado en el inciso final representa una relación de superioridad que colmaría las exigencias del inciso inicial. Si fuese así, sobraría la segunda parte del precepto.*

*b) Pasemos a examinar el parentesco. La dicción del Código no es muy afortunada. Habla de ascendientes, descendientes, o hermanos por naturaleza o adopción y afines. Hace una acotación expresa: solo se dará la agravación derivada del parentesco cuando el autor sea ascendiente, descendiente o hermano (hablando de la consanguinidad y de la adopción), y además, los afines categoría a la que no se adosa correctivo alguno. Una interpretación estrictamente literal, no es de recibo. Es contraria a la lógica y a una elemental exégesis sistemática de la norma. El autor ciertamente era tío (quinto grado de parentesco) por afinidad de la **víctima**. Pero sería absurdo entender que el parentesco colateral por consanguinidad está excluido, salvo en el caso de los hermanos, y sin embargo sí se abarca todo el parentesco por afinidad, es decir todos los afines sea cual sea el grado. No hay que forzar mucho las cosas para entender que, aunque gramaticalmente mal expresado, se está equiparando en la Ley la condición de afinidad no a los parientes mencionados (ascendientes, descendientes o hermanos) sino al carácter "natural" o "adoptivo" del parentesco. Solo alcanzaría la agravación a los afines en los mismos grados que los mencionados (suegros, cuñados, hijastros). Esa es la fórmula que utiliza el Código cuando quiere extender la protección (o la agravación) al parentesco por afinidad (vid. art. 173, a diferencia del art. 23 CP que no contempla a los afines).*

2.3. Por ello, hemos de acudir a la doctrina de esta Sala (por todas, sentencia núm.337/2021, de 22 de abril) 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, v. gr.) 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)".

2.4. La sentencia recurrida, al analizar este motivo al resolver la apelación, razonó que era aplicable el subtipo agravado ex artículo 183.4 d) por haberse valido para la ejecución del delito el reo de una relación de superioridad. Recordaba las especiales circunstancias en que sucedió el hecho, ejecutado por una persona que, si bien no tenía el grado de parentesco señalado en el artículo, mantenía con la **víctima** una especial relación de confianza e intimidad, por ser el suegro de su tía carnal, con el que tenía relación cuasifamiliar, lo que le deparaba una mayor facilidad comisiva por control de las situaciones y correlativamente desamparaba a la menor.

Añadió que, el propio acusado reconoció en el juicio conocer a la familia de la niña desde hace mucho tiempo, compartir con ellos eventos como las celebraciones navideñas, comidas y otras festividades - p.e. el día de autos se celebraba un cumpleaños-, y asumió la existencia de una relación de confianza. Por su parte Crescencia, madre de la menor, manifestó haber pasado en compañía del acusado nueve o diez navidades, y que la niña lo quería mucho, hecho puesto de relieve por la realidad de que el día de autos insistió en irse con él, sin ninguna persona más próxima que los acompañase. También la abuela de la menor explica que la niña apreciaba al acusado.

Para concluir que, en definitiva, el reo se valió de su trato con la niña y sus progenitores, de encontrarse en el domicilio de su hijo viviendo con la tía de la menor y puntualmente con la pequeña a su cargo cuando salió a pasear con ella.

2.5. Todas estas consideraciones determinan que el motivo no pueda ser estimado; pues al margen de la relación de confianza y familiaridad, el prevalimiento de superioridad, resulta de la relación que se daba en ese concreto momento, donde las conductas sexuales por parte del suegro de su tía que en ese momento era su guardador, fueron impuestas a la menor; no derivaron de la relación de confianza que tenía con la misma (que únicamente propició la ocasión), sino por la superioridad de quien en ese momento la tenía a su cargo; y así, la menor, no mostró aquiescencia, ni tolerancia, sino desagrado.

2.6. En todo caso, en absoluta homogeneidad, el art. 192.2 CP, establece una agravación para el guardador, con las mismas consecuencias punitivas.

**TERCERO.-** El tercer motivo se formula por infracción de Ley del art. 849.2 LECrim por infracción de error en la apreciación de la prueba.

1. El desarrollo del motivo es parco; se limita a indicar que la prueba pericial psicológica que se practicó en el plenario por sus autoras, las psicólogas, desaconsejaron por las características del testimonio de la menor, el uso de técnicas psicológicas con fiabilidad suficiente para el análisis de la credibilidad del testimonio; por lo que entiende que la no práctica de dicha prueba, sin que se hayan manifestado expresamente las psicólogas en porque la desaconsejaban (sic), vicia la apreciación de la prueba basada en su no realización y en la sí valoración, por parte de la A.P. de Madrid.

2. Es cierto que la Audiencia valora la prueba pericial sobre credibilidad del siguiente modo:

Se ha practicado prueba pericial psicológica que ha sido ratificada en el plenario por sus autoras, las psicólogas con puestos de trabajo números NUM004 y NUM005, quienes expusieron (folios 137 y siguiente), por un lado, que las características del testimonio desaconsejan el uso de técnicas psicológicas con fiabilidad suficiente





para el análisis de la credibilidad del testimonio. Esas características son *una narrativa espontánea breve en contexto de supuesto episodio abusivo único de baja gravedad delictiva (mostrar los genitales sin empleo de violencia ni amenazas verbales y besos en la boca que producen desagrado en la menor), con revelación inmediata en el entorno familiar*. A pesar de ello, las peritos, explican en su escrito que el testimonio de la menor está dotado de los siguientes detalles (los enumeramos de forma literal en párrafos separados para ofrecer una más clara lectura):

- *Posee estructura y consistencia lógica y está situado en una realidad espacio-temporal (es decir, el mismo cuenta con engranaje contextual).*
- *Contiene detalles sobre el momento, lugar, personas, acciones y objetos. La menor describe el desagrado que la produce el comportamiento de Epifanio y cómo llega llorando a la vivienda y se lo cuenta a su abuela.*
- *No se identifican indicadores de aleccionamiento adulto en las manifestaciones de la menor ni se han identificado indicadores sugerentes de presión para informar en falso siendo visible en su exploración las dificultades de la menor para abordar los hechos denunciados.*
- *En paralelo, durante la exploración de V.R.M no se han detectado dificultades que la impidan proporcionar un relato sobre los hechos denunciados, tiene habilidades cognitivas y expresión verbal acorde a su edad y momento de desarrollo evolutivo.*
- *No se aprecia susceptibilidad a la sugestión a lo largo de la entrevista ni tendencia a la improvisación, a la fantasía o a maximizar la gravedad de los supuestos hechos denunciados (manifiesta que Epifanio la muestra "el pito" cuando va a "hacer pis", en dos ocasiones así como que la da varios besos en la boca "chupándola con la lengua dentro de la boca").*

Durante su declaración en el juicio oral, ambas psicólogas corroboran su informe.

Pero tal valoración no resulta contradictoria con el contenido del informe, como el art. 849.2 LECrim exige; pues se limita a reproducir su contenido; y en cualquier caso, el motivo por error facti no sirve para revelar la insuficiencia probatoria de cualquier elemento de prueba; como tampoco del contenido del informe resulta con autarquía acreditativa, la **inocencia** del acusado; tanto menos dado el limitado valor de los informes sobre credibilidad.

Así, la sentencia núm. 592/2017, de 21 de julio, enseña que el hecho de que el dictamen psicológico obtenga un resultado "indeterminado" sobre la credibilidad del menor, sin poder decidirse en un sentido o en otro, no es un elemento de prueba que pueda desvirtuar la convicción del Tribunal sentenciador asentada en una prueba de cargo consistente, plural y rica en contenido incriminatorio. Pues la duda que puedan mantener los peritos sobre la credibilidad o no del testimonio de la **víctima**, no puede transferirse automáticamente al Tribunal, que a fin de cuentas es el órgano que debe dirimir el resultado de la prueba después de escuchar a todos los testigos y de valorar el resto de las pruebas, operando así con un material probatorio individual y de conjunto que le permite obtener una visión global del cuadro probatorio con sus diferentes perfiles y contrastes.

A este respecto, tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala que los dictámenes periciales psicológicos sobre credibilidad de los menores, como reconoce el Tribunal "a quo", pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico del menor antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad, pero en ningún caso pueden determinar si las declaraciones se ajustan a la realidad, tarea que incumbe exclusivamente al órgano de enjuiciamiento; pero, a sensu contrario, sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas ( SSTS 10/2012, de 18 de enero; 381/2014, de 23 de mayo; 517/2016, de 14 de junio; 789/2016, de 20 de enero; y 468/2017, de 22 de junio).

El motivo se desestima.

**CUARTO.**- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de desestimación del recurso se impondrán al recurrente.

## FALLO

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

No haber lugar a estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Epifanio** contra la sentencia núm. 356/2020, 11 de diciembre, dictada en el Rollo de Apelación núm. 345/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve el recurso de apelación interpuesto



contra la sentencia núm. 330/20, de 11 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30ª en el Rollo de Sala 324/20; ello, con expresa imposición de las costas originadas a la parte recurrente.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ