



Roj: **STS 4119/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4119**

Id Cendoj: **28079120012023100723**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2023**

Nº de Recurso: **4628/2021**

Nº de Resolución: **758/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 758/2023

Fecha de sentencia: 11/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4628/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/10/2023

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

Procedencia: Sala Art.64 bis LOPJ (apelacion) A.N

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IPR

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION núm.: 4628/2021

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 758/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Ana María Ferrer García

D.ª Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 11 de octubre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **4628/2021** interpuesto por **Efrain** representado por el procurador D. Esteban García Castellano y bajo la dirección letrada de D. José Vicente Ortega Miralpeix contra Sentencia dictada por la Sala de apelaciones de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de fecha 2 de julio de 2021, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia 10/2021, de fecha 4 de mayo, dictada por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (sumario 4/2020 proveniente del Juzgado de Instrucción Central num. 5), seguido contra el mismo por abusos sexuales y maltrato familiar. Ha sido parte recurrida Carolina representada por la Procuradora Sra. D.ª Irene Gutiérrez y bajo la dirección letrada de D. Patricio Cárdenas Smith. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción Central nº 5, inició Sumario 4/2020 seguido contra Efrain por delitos de abusos sexuales y maltrato familiar. Una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que dictó sentencia con fecha 4 de mayo de 2021 y que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"El acusado Efrain , mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad nicaragüense y documento de identidad de extranjero nº NUM000 , y con residencia habitual en España, estuvo viviendo en Managua (Nicaragua) durante los años 2016 a 2018, conviviendo en el mismo domicilio con su cónyuge Modesta , una hermana de ésta y sus dos sobrinas menores de edad Carolina , nacida el NUM001 de 2002, y Piedad , nacida el NUM002 de 2010, las cuales estaban bajo la guarda de hecho del acusado y de su esposa, por estar la madre de las menores residiendo en España, donde trabajaba en aquel momento, Aprovechando la relación familiar y superioridad que el acusado Efrain tenía sobre su sobrina Carolina , y previo acceso al dispositivo electrónico usaba la menor, vio que ésta había visitado páginas pornográficas en internet, diciéndole a la menor que iba a quitarla el teléfono y prohibir su acceso a así, como a enseñarle a la familia lo que había visto en el dispositivo acerca de dicho acceso a las páginas pornográficas, todo ello si no cumplía sus exigencias de desnudarse ante él y tocarse sus partes íntimas, pechos y genitales, mientras el acusado se masturbaba delante de ella, tocando asimismo a la menor en diversas partes íntimas y con la boca en la vagina. En otras ocasiones el acusado obligaba a la menor a masturbarle e introducía el pene en su boca, proponiéndola asimismo tener con ella sexo anal, intentándolo en alguna ocasión sin conseguirlo, obligándola también a la menor a introducirse en el ano el estuche de plástico de un cepillo de dientes.

Los anteriores hechos siempre ocurrieron en el domicilio que ocupaban todos ellos en Managua, en los años 2016, 2017 y 2018, aprovechando los momentos en que el acusado y Carolina estaban solos y antes de venir a vivir a España, repitiéndose dichos actos en multitud de ocasiones, siendo varias las masturbaciones y los actos de sexo oral in consentidos practicados a la menor, sin poder determinar la misma su número exacto.

El acusado, aprovechando sus conocimientos como psicólogo, manipulaba a Carolina y a la familia, diciendo que Carolina tenía problemas psíquicos, con el objeto de fabricarse una coartada si la niña le denunciaba por los anteriores hechos.

Asimismo y durante su estancia en Managua durante los años 2016 a 2018 el acusado propinó diversos golpes a Carolina y a su hermana Piedad , en manos y pies, golpeándolas con un cinturón, con hojas de sierra o con perchas, u obligando a arrodillarse a las niñas sobre piedrecitas o alubias colocadas en el suelo, pegándolas también con la mano en sus bocas, todo ello si consideraba que se portaban mal, decían algo que no le gustaba o no hacían las tareas de hogar que les mandaba, tales como barrer el suelo de la casa".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia establece:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Efrain como responsable en concepto de autor de los siguientes delitos:

1.- UN DELITO CONTINUADO DE ABUSO SEXUAL ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

- ONCE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena,

- inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, sea retribuido o no durante el tiempo de QUINCE AÑOS,



- la prohibición de aproximarse a Carolina una distancia inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de estudios o cualquier otro que el mismo frecuente o comunicarse con ella por cualquier medio y ello durante el tiempo de DOCE AÑOS Y SEIS MESES, las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea

- Se acuerda la imposición de la medida de libertad vigilada por tiempo de CINCO AÑOS Y UN DIA para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, con observancia de lo dispuesto en dicho precepto, para lo cual, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, y previa la oportuna propuesta formulada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, se concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida.

- En vía de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a Carolina , en la suma de VEINTE MIL EUROS por el daño moral sufrido por consecuencia de los hechos.

2.- UN DELITO DE MALTRATO HABITUAL ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

- DOS AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de CUATRO AÑOS Y UN DÍA.

- la prohibición de aproximarse a Carolina y Piedad a una distancia inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de estudios o cualquier otro que las mismas se encuentren o comunicarse con ellas por cualquier medio y ello durante el tiempo de TRES AÑOS.

El acusado deberá hacer pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular personada.

Para el cumplimiento de la pena impuesta se abonará al condenado el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de Apelación ante la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, en el término de DIEZ DÍAS desde la respectiva notificación".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por Efrain , remitiéndose las actuaciones a la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, que dictó Sentencia, con fecha 2 de julio de 2021 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"En atención a lo expuesto este tribunal ha decidido:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. García Castellano, en nombre del condenado Efrain , contra la sentencia dictada el 4 de mayo de 2021, en consecuencia se mantiene la condena a Efrain como responsable en concepto de autor de los siguientes delitos:

1- UN DELITO CONTINUADO DE ABUSO SEXUAL ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de a responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

-ONCE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena,

-Inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, sea retribuido o no durante el tiempo de QUINCE AÑOS,

-La prohibición de aproximarse a Carolina una distancia inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de estudios o cualquier otro que el mismo frecuente o comunicarse con ella por cualquier medio y ello durante el tiempo de DOCE AÑOS Y SEIS MESES, las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea

-Se acuerda la imposición de la medida de libertad vigilada por tiempo de CINCO AÑOS Y UN DIA para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, con observancia de lo dispuesto en dicho precepto, para lo cual, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, y previa la oportuna propuesta formulada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, se concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida.

-En vía de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a Carolina , en la suma de VEINTE MIL EUROS por el daño moral sufrido por consecuencia de los hechos.



2.- UN DELITO DE MALTRATO HABITUAL ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

-DOS AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

-Privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tiempo de CUATRO AÑOS Y UN DIA.

-La prohibición de aproximarse a Carolina y Piedad a una distancia inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de estudios o cualquier otro que las mismas se encuentren o comunicarse con ellas por cualquier medio y ello durante el tiempo de TRES AÑOS.

El acusado deberá hacer pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular personada, añadimos, en la parte proporcional.

Se añade en la parte dispositiva:

Se absuelve a Efrain de un delito continuado de abuso sexual y otro de maltrato habitual, de los que también había sido acusado, declarando de oficio la parte proporcional de las costas

Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, contra ella puede interponerse recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, que deberá prepararse ante este tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación de la sentencia".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó por el condenado recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, 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 motivos siguientes:

Motivos alegados por Efrain .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim, por aplicación indebida de los arts. 183.1, 3 y 4 y 173.2 del CP. **Motivo segundo.-** Por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a no sufrir indefensión (art. 852 LECrim en relación con el art. 24 CE). **Motivo tercero.-** Por error en la valoración de la prueba. **Motivo cuarto.-** Por quebrantamiento de forma por infracción de los arts. 701 y ss en relación con los arts. 410 y ss LECrim.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y subsidiaria desestimación. La representación procesal de la parte recurrida igualmente lo impugnó. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Diligencia de ordenación de fecha 16 de enero de 2023 se confirió audiencia a las partes para informar sobre la incidencia de la LO 10/2022, presentando escritos tanto el recurrente, como recurrida y Fiscal, oponiéndose las partes recurridas a la reducción penológica instada por la defensa.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 11 de octubre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Siguiendo la propuesta reordenadora que con todo rigor efectúa la representante del Ministerio Fiscal, alteramos en la forma indicada la secuencia de análisis de los motivos del recurso.

El motivo cuarto por quebrantamiento de forma ha de ser el primero en ser abordado conforme determina la LECrim (arts. 901 bis a) y 901 bis b) LECrim). Es un motivo que se acoge expresamente a los arts. 850 y 851 LECrim, aunque no identifica ninguna específica causal de casación, lo que determinaría su inadmisibilidad. Se denuncia un supuesto defecto de forma. Pero no todos los defectos procedimentales tienen relieve casacional. Solo los comprendidos expresamente en los arts. 850 y 851, que constituyen *numerus clausus* y, eventualmente, aquellos otros que pudieran reconducirse a un derecho fundamental cuyo debate accedería a casación por la vía del art. 852 LECrim.

Se denuncia que la declaración de las menores se efectuó por vídeo conferencia. Ello atentaría contra lo ordenado por los arts. 410 y 701 y concordantes LECrim. Era exigible la comparecencia personal de las testigos.



Como de forma impecable se razona en el dictamen de impugnación del Ministerio Fiscal esa modalidad de declaración se adecua perfectamente a la legalidad (arts. 731 bis LECrim y 229.3º LOPJ y, entre muchas, STS 362/2023, de 17 de mayo, por citar la más reciente).

Pero es que, además, esa cuestión no fue suscitada en apelación. Es un alegato *per saltum* que no puede arribar a casación. La casación procede contra la sentencia de apelación; no contra la de instancia. Es reiterada la jurisprudencia, que rechaza entrar al fondo de temas que antes no fueron debatidos en apelación. La sentencia del TSJ, que es la impugnada, no aborda esa cuestión porque nadie la planteó. No puede ahora resucitarse dirigiendo, así, el recurso contra la sentencia de instancia que no es susceptible de casación, sino solo de apelación.

Recapitulando:

- a) Lo que se denuncia no encaja en ninguno de los motivos tasados de casación (arts. 850 y 851).
- b) Además, es cuestión no abordada en apelación.
- c) Aunque orillásemos esas dos cuestiones determinantes de la inadmisibilidad del alegato, éste decaería igualmente por razones de fondo.

SEGUNDO.- La representante del Ministerio Fiscal agrupa los tres motivos restantes para impugnarlos conjuntamente. Tiene toda la lógica esa metodología en cuanto la temática de los tres es común y se reconduce a una única pretensión impugnativa: la queja por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia (motivo segundo).

El motivo primero impugna por la vía del art. 849.1º la condena por delitos de los arts. 173.2º y 183 CP. Tal vía casacional va destinada a revisar la corrección de la subsunción jurídico penal partiendo del hecho probado tal y como ha quedado confeccionado por el Tribunal de instancia en la sentencia, sin aditamentos ni amputaciones. Para atacar la convicción probatoria existen otros cauces casacionales. Este está cerrado a ese tipo de pretensiones (art. 884.3º LECrim).

El discurso de este primer motivo pasa por encima de esa elemental exigencia: se dedica a atacar la convicción probatoria con argumentos que enlazan con la presunción de inocencia.

El motivo tercero se enuncia como *error en la valoración de la prueba* (art. 849.2º LECrim) olvidando los condicionantes muy estrictos de esa causal que sencillamente se ignoran: ha de basarse en prueba documental que no esté contradicha por otro elemento de prueba. El recurrente se limita a criticar la valoración probatoria con argumentos que nada tienen que ver con esa vía casacional. Han de reconducirse también a la presunción de inocencia, única puerta abierta para debatir sobre valoración probatoria, dentro de unos condicionantes -dicho sea de paso- tampoco flexibles. Estamos en casación.

TERCERO.- Analizamos, así pues, el contenido de los tres motivos desde la perspectiva de la presunción de inocencia: art. 24.2 CE utilizada como trampolín para acceder a la casación (art.. 852 LECrim).

La STC 33/2015, de 2 de marzo, evocando las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1, o 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2, reitera que la presunción de inocencia, no solo es criterio informador del ordenamiento procesal penal, sino, además y sobre todo, un derecho fundamental en virtud del cual el acusado de una infracción no puede ser considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, que sólo será legítima constitucionalmente si medió una actividad probatoria lícita que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por el Tribunal penal, pueda entenderse concluyentemente de cargo. La STC 68/2010, de 18 de octubre, de igual forma y en plena sintonía con una machaconamente repetida doctrina constitucional conceptúa a la presunción de inocencia como regla de juicio que repele una condena sin apoyo en pruebas de cargo válidas, revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente tanto los hechos como la participación del acusado. Se viola tal derecho cuando no concurren pruebas de cargo válidas, o cuando no se motiva el resultado de su valoración, o cuando, por ilógico o por insuficiente, no sea razonable el *iter* discursivo seguido. (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a, 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a)- ó 16/2012, de 13 de febrero).

Se vulnera la presunción de inocencia cuando se condena: **a)** sin pruebas de cargo; **b)** con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; **c)** con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; **d)** sin motivar la convicción probatoria; **e)** sobre la base de pruebas insuficientes; o **f)** sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente (STS 653/2016, de 15 de julio, entre muchas).



De esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional - aun conscientes de que no son compartimentos estancos: hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- el recurrente edifica su queja sobre lo que considera **insuficiencia de la actividad probatoria**: la declaración de la testigo víctima, única prueba de cargo directa carecería de solidez suficiente, presentaría puntos débiles que la despojarían de idoneidad para desmontar la presunción de inocencia en relación al delito de abuso sexual.

Igual insuficiencia se predica del delito de maltrato: son dos testigos que por sus estrechos vínculos se verían impulsadas a mantener la misma versión para apoyarse recíprocamente.

El recurrente quiere descubrir un ánimo espurio en las víctimas. Alude en cuanto a un episodio antiguo: el hallazgo de imágenes pornográficas en un dispositivo de la menor, y el consiguiente reproche efectuado. Como consecuencia de ello extrae dos derivaciones: a) afán de la menor por justificar ese hecho y b) condición de la menor de consumidora de pornografía lo que explicaría los rasgos y secuelas expuestos por informes periciales que serían consecuencia no de unos inexistentes abusos, sino de esa actividad descubierta.

Las explicaciones son objetivamente de difícil asunción. Han sido rechazadas justificadamente por el Tribunal de instancia y el de apelación con argumentos convincentes. En casación nos basta constatar eso para concluir que no se ha vulnerado la presunción de inocencia. La remisión a la valoración probatoria contenida en las dos sentencias previas debe ser suficiente para convalidar la condena. Su examen sobrepasa sobradamente los estándares antes apuntados (actividad probatoria de cargo concluyente, lícita y motivada lógicamente). Comprobamos desde ese prisma:

a) Que la condena no viola la presunción de inocencia en tanto se basa en un bagaje probatorio racionalmente valorado y suficiente.

b) Que, constatado eso, la labor de fiscalización casacional debe darse por finiquitada. No nos corresponde reevaluar la valoración probatoria.

CUARTO.- El recordatorio de la doctrina a tenor de la cual una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, puede ser idónea para desactivar la presunción constitucional de inocencia es línea argumental que merece ser consignada.

El clásico axioma *testis unus, testis nullus* fue felizmente erradicado del moderno proceso penal (por todas, y por recoger alguna de la más reciente, STS 590/2022, de 2 de junio). Esa premisa es compatible con las afirmaciones jurisprudenciales de que en esos casos ha de reforzarse el nivel de motivación. Pero el dato de que la prueba fundante de la condena sea esencialmente un testimonio, el de la víctima, no viene repelido por la presunción de inocencia. La palabra de un testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ya, en concreto, 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 ciego de fe. Se necesita una exposición convincente de las razones por las que se le otorga crédito.

En los casos de "declaración contra declaración" (puntualicemos que normalmente no aparecen supuestos de esa forma pura y desnuda, despojada de otros elementos), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien proclama su inocencia. Cuando una condena se sostiene en lo esencial sobre una única declaración ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica de forma que se muestre la ausencia de fisuras de fuste en la fiabilidad del testimonio.

Ese esfuerzo está holgadamente cumplido por los Tribunales de instancia y de apelación.

Ni los hipotéticos móviles espurios que sugiere el recurrente introducen elementos de debilidad en ese doble testimonio; ni las supuestas -y hasta lógicas e inevitables- variaciones se erigen en señal de mendacidad.

Se observa -y así lo pone de manifiesto el Fiscal- que el escrito de recurso en casación viene a reproducir en buena medida los argumentos vertidos en apelación. Fueron contestados por el Tribunal Superior con consideraciones que no podemos si no asumir. La casación no puede ser una *apelación bis* o una *segunda vuelta* de la apelación.

Suscribimos la razonada argumentación ofrecida por el Tribunal Superior, impecable, detenida y convincente, que nos disculpa de nuevas consideraciones que no harían sino repetir, quizás con peor literatura y menor precisión, lo que ya ha desarrollado el Tribunal Superior de Justicia en argumentación que hacemos nuestra.

La mayor o menor credibilidad del relato de la víctima no es fiscalizable a través de la presunción de inocencia (STC 133/2014). Y, desde luego, en casación no estamos habilitados para sumergirnos en el debate probatorio que propone el recurrente recogiendo detalles y vicisitudes de las declaraciones. Eludimos deliberadamente



ese territorio de crítica de la prueba personal al que nos quiere empujar el recurso. Está fuera de lugar en casación. Es un deber de contención impuesto por las facultades y competencias atribuidas a un Tribunal de casación. No podemos usurpar tareas de valoración que corresponden a los tribunales de instancia y apelación.

Las dos infracciones penales incluidas en la condena cuentan con sustento probatorio claro en las manifestaciones de las víctimas coincidentes en los puntos esenciales en cuanto al maltrato.

El recurrente pretende estirar la capacidad fiscalizadora de un recurso de casación más allá de su ámbito natural. No nos corresponde volver a valorar la prueba personal; sólo verificar que ha existido prueba de cargo y que ha sido valorada racionalmente por los tribunales de instancia y apelación. Esas dos condiciones concurren indudablemente.

Por su parte es doctrina conocida de este Tribunal en sintonía con la jurisprudencia constitucional, expresada entre otras, y por citar solo uno de entre incontables pronunciamientos, que "cuando se invoca el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el examen de este Tribunal debe ceñirse a la supervisión de que ha existido actividad probatoria practicada con todas las garantías; la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y el control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante" (Sentencia 276/2008, de 16 de mayo).

Solo desde esta perspectiva -y al margen del supuesto específico del art. 849.2º LECrim- nos viene autorizada una revisión de la valoración de la prueba realizada por la Audiencia. En particular no es tarea congruente con la naturaleza de un recurso de casación detenerse en una evaluación detallada de la prueba testifical que vaya más allá de constatar que la ponderación realizada por el Tribunal de instancia es racional y no presenta quiebras o saltos lógicos. Un debate pleno sobre la valoración de la prueba testifical solo cabe en la instancia y, con alguna modulación, en apelación. Queda zanjado con el pronunciamiento del Tribunal de apelación. A través de un motivo como la presunción de inocencia podemos fiscalizar la racionalidad de ese pronunciamiento, la lógica del razonamiento seguido, constatar que la sentencia no descansa en un puro y apodíctico acto de fe en la declaración del testigo, sino que ésta ha sido examinada críticamente, con detalle y racionalidad, y ponderar si se justifica de forma razonable y no arbitraria u oracular la convicción proclamada. Pero no podemos adentrarnos en una reevaluación total de la credibilidad de las pruebas personales, que es el espacio al que pretende empujarnos el recurrente.

QUINTO.- Resta por analizar la incidencia que pudiera derivarse de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, en lo atinente al delito contra la libertad sexual.

Se ha abierto en esta Sala durante la tramitación del recurso una audiencia a las partes a tal fin.

El Fiscal desarrolla una batería de argumentos para oponerse a la pretensión de la defensa de una reducción penológica, también rechazada por la acusación particular.

No es una condena revisable.

La Audiencia impuso una pena de once años y seis meses de prisión, pena ligeramente superior al mínimo factible a tenor de la legislación vigente en el momento de comisión del delito. Se trata de un delito continuado de abuso sexual con penetración y concurrencia de la agravación determinada por la relación de cuasi parentesco y guarda de hecho: arts. 183.1, 3 y 4.d) en relación con el art. 74 CP. La pena privativa de libertad base -ocho a doce años de prisión- habría de ser elevada dos veces a su mitad superior por consecuencia de los arts. 183.4 y 74, respectivamente, quedando concretada en una horquilla comprendida entre once y doce años. La Audiencia optó por un incremento de seis meses sobre el mínimo.

En la actualidad los hechos merecerían en cualquier caso mayor penalidad.

En efecto, la normativa emanada de esa reforma resulta perjudicial: los hechos serían incardinables en los arts. 74 (continuidad) y 181.1 (agresión sexual), 2 (abuso de superioridad sobre la víctima), 3 (penetración), y 4 d) (aprovechamiento de la situación de convivencia), lo que determinaría una penalidad comprendida entre trece años y nueve meses y quince años de prisión (derivada de apreciar la mitad superior - art. 74- de la pena establecida en el art. 181.3 para los hechos incardinables en el art. 178.2 CP y buscar otra vez su mitad superior por la constatada relación de convivencia (art. 181.4.d). Y es que la situación de convivencia fue introducida como subtipo agravado en la reforma de 2021.

Pueden surgir dudas sobre la forma de combinar los arts. 181.2 en relación con el art. 178.2, con el tipo genérico del art. 181.1 y algunos de los subtipos agravados del art. 181.4, todos del Código Penal. Algunas de esas dudas han sido ya despejadas con la reforma de 2023 que ha incluido una remisión expresa al principio de alternatividad (art. 8.4 CP).



Cuando la aplicación del art. 181.2 CP tiene como base exclusiva el abuso de la diferencia de edad, ha de rechazarse su operatividad por ser inherente al tipo básico. Así lo ha afirmado ya la jurisprudencia.

Cuando el art. 181.2 se aprecia por concurrir violencia o intimidación, no surge cuestión alguna.

Sin embargo, si queremos conformar el subtipo agravado por virtud del abuso de vulnerabilidad, privación de sentido o anulación de la voluntad surgirá el problema de la concurrencia con algunas de las agravaciones del art. 181.4 (letras c). g) y e).

Pudiera resultar -y sería paradójico y poco asumible- que la aplicación del subtipo agravado nos llevase a una pena inferior que la resultante de dejar operar al art. 181.2 CP. Al paso de ese despropósito punitivo ha salido la reforma de 2023 incluyendo una llamada al art. 8.4 CP. Es esta regla que ya estaba en vigor antes. Por tanto, puede entenderse que la modificación es más aclaratoria que rectificadora (STS 682/2023, de 21 de septiembre). A tenor de la misma no habría cuestión: no sería factible esa calificación alternativa (art. 181.1.3 y 4) que conduciría a una pena comprendida entre nueve y doce años (art. 74 CP) por mor del art. 8.4. Habría que estar al art. 181. 2 y 3: pena de doce años y seis meses a quince años de prisión (art. 74), superior a la impuesta en todo caso.

Pero es que, además, aquí el problema no se suscita en rigor en esos términos. La especial vulnerabilidad vino acompañada de una relación de superioridad que sobrepasa la basada en exclusiva en la edad. Se produjo, por otra parte, un aprovechamiento de la situación de convivencia, que antes no se contemplaba en los subtipos agravados pero que está previsto desde 2021. Nada impide utilizar una de las dos circunstancias para conformar el art. 181.2 en relación con el art. 178.2 (abuso de superioridad) y la otra (convivencia) para atraer el art. 181.4, llevándonos a una penalidad aún superior a la fijada como referente por la Audiencia (un mínimo de catorce años, nueve meses y un día de prisión).

Item más, en la hipótesis de negar virtualidad al art. 178.2, resurgiría la posibilidad de rescatar el art. 192.1 (guarda de Hecho) que no fue apreciado en la sentencia inicial por ser la situación que determinaba el abuso de especial superioridad. Cubierta ahora esa agravación por la relación de convivencia, el art. 192 CP sería susceptible de ser manejado para otra agravación.

De ninguna forma puede considerarse más beneficiosa la legalidad surgida de tal reforma que, por o demás, obligaría a imponer unas nuevas accesorias (art. 192.3 CP)

SEXTO.- La desestimación del recurso aboca a la condena en costas al recurrente (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 **Efrain** contra Sentencia dictada por la Sala de apelaciones de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de fecha 2 de julio de 2021, que desestimaba el recurso de apelación de la Sentencia 10/2021, de fecha 4 de mayo, dictada por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (sumario 4/2020 proveniente del Juzgado de Instrucción Central num. 5), seguido contra el mismo por abusos sexuales y maltrato familiar.

2.- Imponer a Efrain 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

Ana María Ferrer García Carmen Lamela Díaz

Ángel Luis Hurtado Adrián