



Roj: **STS 2093/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2093**

Id Cendoj: **28079120012023100358**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2023**

Nº de Recurso: **2917/2021**

Nº de Resolución: **362/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 362/2023

Fecha de sentencia: 17/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2917/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2023

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

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

Transcrito por: AGA

Nota: ATENCIÓN: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN LA PREVIA OCULTACIÓN DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACIÓN (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NÚMERO DE RECURSO DEL T.S., NÚMERO DE RECURSOS DE ORIGEN, LUGAR DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS)

RECURSO CASACION núm.: 2917/2021

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 362/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García



En Madrid, a 17 de mayo de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2917/2021, interpuesto por **D^a. Clara**, representado por D^a María Encarnación López Fernández, bajo la dirección letrada de D. Jaime Martín Martín; **D. Ernesto**, representado por la procuradora D^a. Olga Romojaro Casado, bajo la dirección letrada de D. Bernabé Ortiz Ortiz; y **D. Everardo**, representado por la procuradora D^a. Paloma Rabadán Chaves, bajo la dirección letrada de D^a. Guadalupe Teresa Terriza Ripoll, contra Sentencia nº 54/2021, de fecha 8 de febrero de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, en el Procedimiento Sumario Ordinario nº 15/2018, dimanante del Procedimiento Sumario Ordinario, nº 1/2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de El Ejido, por delitos de violación y prostitución.

Han sido parte el **Ministerio Fiscal**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de El Ejido, instruyó el Procedimiento Sumario Ordinario nº 1/2017, por delito de violación y prostitución; una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, para su enjuiciamiento en el Procedimiento Sumario Ordinario, nº 15/2018, cuya Sección dictó Sentencia nº 54/2021, de fecha 8 de febrero de 2021, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

" Probado y así se declara que:

1.- Que Eulalia, nacida el NUM000 de 1996, llegó a España en el mes de Abril del año 2011, conviviendo en el domicilio sito en el NUM001 del número NUM002 de la CALLE000 de la localidad de DIRECCION000, en compañía de su padre biológico Leonardo, mayor de edad y con antecedentes penales, así como con la pareja sentimental de éste, Clara, en situación irregular en territorio nacional, mayor de edad y sin antecedentes penales.

En un día indeterminado, entre el mes de Abril de 2011 y el año 2012, Clara le suministró a Eulalia una sustancia no determinada, que le privó de conocimiento, sin que conste que durante ese periodo de inconsciencia alguna persona realizase el coito con ella.

No obstante, días después Clara osculto a Eulalia en sus partes íntimas, y le dijo que no era virgen, anunciándole que se lo le revelaría a su padre, si no ejercía la prostitución.

A la vez le exigió que debía buscar clientes en la calle y venir a la casa todos los días con al menos 50 euros que obtuviese del ejercicio de la prostitución, Tal anuncio causó una situación de angustia en aquella, acudiendo aquella a las zonas en las que se ejerce la prostitución para obtener la indicada cantidad, y en donde un varón cuya identidad no ha podido ser determinada, le propuso mantener relaciones sexuales a cambio de 50 euros, realizando el acto sexual en un descampado en el vehículo tipo turismo de aquel individuo, y entregándole posteriormente la indicada cantidad a Clara ese mismo día.

Tras aquel hecho, y durante el indicado periodo de tiempo, Clara, y sin que conste que lo conociese Leonardo, le decía a Eulalia que tenía que buscar clientes en la calle y volver con al menos 50 euros como consecuencia del ejercicio de la prostitución, que debía entregar a aquella, zarandeándola o anunciándole que de no hacerlo no le dejarían comer, cenar y dormir en la casa, manteniendo en Eulalia la situación de angustia.

En otras ocasiones era la propia Clara quien buscaba clientes que solicitaban relaciones sexuales retribuidas con Eulalia, facilitándole el número de teléfono NUM003 del que era usuaria, quedándose el dinero que aquella obtenía, anunciándole las mismas consecuencias si se negaba a prostituirse.

En otras ocasiones le pegaba, y cuando Eulalia regresaba a la indicada vivienda con menos dinero del que le exigían, le proferían expresiones como burra y puta, además de no dejarla dormir en casa.

En fecha no determinada de finales de 2013, en una ocasión en que Eulalia no había podido traer 50 euros para entregárselos a Clara, esta cogió un cuchillo y lo expuso al fuego de la cocina hasta que al estar muy caliente, cogió por el brazo a Eulalia y se lo puso sobre el brazo derecho, causándole como consecuencia un menoscabo físico consistente en cicatriz en forma de uso de 4,5 por 1 centímetro, con una cola en su extremo superior a nivel de antebrazo derecho, cara anterior, que no recibió tratamiento médico para su sanidad.

2.- Entre el mes de abril de 2011 y 2013, Ernesto, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo en numerosas ocasiones, relaciones sexuales retribuidas con Eulalia, con conocimiento de la minoría de edad de aquella, existiendo sexo vaginal, lo que realizaba Eulalia de forma voluntaria tras recibir el pago que acordaban.



No obstante, en varias ocasiones quiso practicar con ella sexo oral, a lo que Eulalia se negó, por lo que, para conseguirlo en una ocasión, la cogía fuertemente por el pelo y la zarandeó, a la vez que la abofeteaba, consiguiendo de esta forma mantener sexo oral contra la voluntad de Eulalia .

En algunas ocasiones también intentó mantener sexo anal contra la voluntad de aquella, agarrándola fuertemente por los brazos e inmovilizándola para vencer la resistencia que oponía, sin llegar a conseguirlo.

3.- También entre abril de 2011 y y el año 2013, , Everardo , mayor de edad y con antecedentes penales cancelables, mantuvo numerosas veces relaciones sexuales retribuidas con Eulalia , con conocimiento de la condición de menor de edad de aquella, y en una de las ocasiones en el indicado periodo, actuando el procesado con ánimo lascivo, indico a aquella que quería introducir su miembro sexual por el ano de Eulalia , y al negarse aquella, le golpeo y zarandeo, y agarrándola de los brazos, introdujo su miembro sexual por el ano de aquella.

4.- En fecha no determinada de las citadas, Luis Angel , mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo en numerosas veces relaciones sexuales retribuidas con Eulalia , con conocimiento de la condición de menor de edad de aquella, pagando entre 10 y 30 euros por acto sexual

5.- En las fechas mencionadas, Jesus Miguel , mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo en numerosas veces relaciones sexuales retribuidas con Eulalia , con conocimiento de la condición de menor de edad de aquella.

6.- Ángel Daniel , mayor de edad y sin antecedentes penales, conoció entre el periodo de 2011 a 2013 a Eulalia en la localidad de DIRECCION000 , y mantuvo en cuatro ocasiones en dicho periodo relaciones sexuales retribuidas con aquella, con conocimiento de la condición de menor de edad.

7.- Alberto , mayor de edad y sin antecedentes penales, vecino de Eulalia , entre abril de 2011 y el año 2012, mantuvo en numerosas veces relaciones sexuales retribuidas con Eulalia , con conocimiento de la condición de menor de edad de aquella. El 10 de marzo de 2014, encontrándose Eulalia residiendo en el centro de menores DIRECCION001 , en la ciudad de Almería, y encontrándose aquella en las inmediaciones del indicado centro, tras haber salido de sus clases, sobre las 21:20 horas, se encontró al procesado Alberto en su vehículo con matrícula DQ...Y , a las puertas del centro, y llamándole aquel bajo pretexto de informarle que su padre se encontraba mal de salud, con ánimo de privarle de su libertad, la agarro del brazo e intento meterla en el coche, consiguiendo aquella zafarse y huir de lugar, metiéndose dentro del centro de menores, pero causándole aquel un menoscabo físico consistente en arañazos, eritema, edema leve en antebrazo, labilidad emocional, que requirió de una primera asistencia facultativa, y el transcurso de cuatro días, uno de ellos de con carácter impeditivo para el desarrollo de su actividad habitual.

Luis Angel ha consignado la cantidad de 3.000 euros en concepto de responsabilidad civil.

Jesus Miguel ha consignado la cantidad de 3.000 euros en concepto de responsabilidad civil.

Ángel Daniel ha consignado la cantidad de 3.000 euros en concepto de responsabilidad civil.

Alberto ha consignado la cantidad de 4.000 euros en concepto de responsabilidad civil."

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

"1.- Que debemos condenar y condenamos a Clara , con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, como autora de:

-un delito relativo a la prostitución a cinco años y seis meses de prisión y veintidós meses de multa a razón de seis euros por día y cinco años de libertad vigilada.

-un delito de lesiones en el ámbito familiar a nueve meses de prisión, con prohibición de acercarse nunca a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier sitio frecuentado por Eulalia o comunicarse con ella durante tres años.

Con indemnización en favor de Eulalia de 60000 euros.

Con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo.

Y la debemos absolver y absolvemos del delito de violación que se le acusaba.

Se le condena al pago de 2/13 de las costas procesales.

Se declara de oficio 1/13 de las costas.

2.- Que debemos condenar y condenamos a Luis Angel , con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante ordinaria de dilaciones indebidas y la de reparación del daño, como autor de:



- un delito relativo a la prostitución a once meses de prisión y once meses de multa a razón de seis euros por día y dos años de libertad vigilada.

Con indemnización en favor de Eulalia de 3000 euros.

Con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo.

Y al pago de 1/13 de las costas procesales.

3.- Que debemos condenar y condenamos a Jesus Miguel , con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante ordinaria de dilaciones indebidas y la de reparación del daño, como autor de:

- un delito relativo a la prostitución a once meses de prisión y once meses de multa a razón de seis euros por día y dos años de libertad vigilada.

Con indemnización en favor de Eulalia de 3000 euros.

Con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo.

Y al pago de 1/13 de las costas procesales.

4.- Que debemos condenar y condenamos a Ángel Daniel , con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante ordinaria de dilaciones indebidas y la de reparación del daño, como autor de:

- un delito relativo a la prostitución a once meses de prisión y once meses de multa a razón de seis euros por día y dos años de libertad vigilada.

Con indemnización en favor de Eulalia de 3000 euros.

Con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo.

Y al pago de 1/13 de las costas procesales.

5.- Que debemos condenar y condenamos a Alberto , con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante ordinaria de dilaciones indebidas y la de reparación del daño, como autor de:

-un delito relativo a la prostitución a once meses de prisión y once meses de multa a razón de seis euros por día y dos años de libertad vigilada.

-un delito intentado de detención ilegal a once meses de prisión.

Con indemnización en favor de Eulalia de 4000 euros.

Con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo.

Y al pago de 2/13 de las costas procesales.

6.- Que debemos condenar y condenamos a Ernesto , con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de dilaciones indebidas, como autor de:

-un delito relativo a la prostitución a dos años de prisión y quince meses de multa a razón de seis euros por día y dos años de libertad vigilada.

-un delito de violación a ocho años de prisión y cinco años de libertad vigilada, e indemnización a Eulalia en 20000 euros.

Con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo.

Y al pago de 2/13 de las costas procesales.

7.- Que debemos condenar y condenamos a Everardo , con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de dilaciones indebidas, como autor de:

-un delito relativo a la prostitución a dos años de prisión y quince meses de multa a razón de seis euros por día y dos años de libertad vigilada.

-un delito de violación a ocho años de prisión y cinco años de libertad vigilada.e indemnización a Eulalia en 8000 euros.

Con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo.

Y al pago de 2/13 de las costas procesales.

8.- Que debemos absolver y absolvemos a Leonardo del delito relativo a la prostitución que se le acusa, con declaración de oficio de 1/13 de las costas procesales



Les será de abono para el cumplimiento de las penas impuestas todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de Sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de casación en el plazo de cinco días ante la sala segunda del Tribunal Supremo.”.

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon los recursos de casación por las representaciones legales de Clara , Ernesto , y Everardo , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

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

A) Clara :

Motivo Primero.- Infracción constitucional el art. 25 CE, ya que nadie puede ser sancionado por hechos u omisiones no cometidas.

Motivo Segundo.- Infracción constitucional al amparo del derecho fundamental del art. 25 CE de proporcionalidad de la pena.

Motivo Tercero.- Infracción constitucional del derecho fundamental del art. 24.2 CE de no dilaciones indebidas, al ser aplicable la atenuante muy cualificada.

Motivo Cuarto.- Por infracción constitucional del derecho fundamental del art. 24.2 CE y de seguridad jurídica; por el que nadie puede ser condenado por hechos no cometidos, al no quedar desvirtuada en absoluto la presunción de inocencia, por no acreditarse en ningún caso, la comisión por Clara de ningún delito de los arts. 188.1 y 2 y 192.2 CP.

B) Ernesto :

Motivo Primero.- Infracción constitucional al amparo del derecho fundamental del art. 25 CE de proporcionalidad de la pena.

Motivo Segundo.- Infracción constitucional del derecho fundamental del art. 24.2 CE de NO DILACIONES INDEBIDAS, al ser aplicable la atenuante muy cualificada.

Motivo Tercero.- Por infracción constitucional del derecho fundamental del art. 24.2 CE y de seguridad jurídica; por el que nadie puede ser condenado por hechos no cometidos, al no quedar desvirtuada en absoluto la presunción de inocencia, por no acreditarse en ningún caso, la comisión por Ernesto de ningún delito de los arts. 188.1 y 2 y 179 CP.

C) Everardo :

Motivo Primero.- Infracción del artículo 21.6 del Código Penal al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española, por no apreciarse la atenuante de dilaciones indebidas muy cualificadas.

Motivo Segundo.- Infracción del artículo 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 24 de la Constitución Española por el quebrantamiento del principio de presunción de inocencia.

Motivo Tercero.- Infracción del precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder judicial en relación con los artículos 24 y 25 de la Constitución Española por entender vulnerado el principio de proporcionalidad de las penas.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de, Ernesto y Clara manifestaron quedar instruidas de los recursos formalizados.

Por su parte el **Ministerio Fiscal**, manifestó quedar instruido de los recursos formalizados, y solicitó su inadmisión, y subsidiariamente la desestimación: la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 16 de mayo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Recurso de Clara

PRIMERO.- 1.1. En el primer motivo se invoca infracción del art. 25 de la Constitución Española.

Denuncia la recurrente que la sentencia infringe constitucionalmente el art. 25 CE, por el que nadie puede ser sancionado por hechos u omisiones no cometidas, *"al ser muy grave la negativa infundada, a considerar las lesiones, sin tratamiento médico ni quirúrgico, como mero delito LEVE del art. 147.2 CP, como ha solicitado ab initio esta defensa"*, ya que no se ha acreditado que las supuestas heridas ocasionadas precisaran de tratamiento médico ni quirúrgico.

Entiende la defensa que lo anterior excluye la calificación de los hechos como delito de lesiones de los arts. 153, 2 y 3 CP, siendo la correcta la calificación como delito del 147.2 CP por el que no ha formulado acusación el Ministerio Fiscal, por lo que procede la absolución de la recurrente del citado delito.

1.2. El recurrente utiliza una vía casacional inapropiada para cuestionar la subsunción jurídica de los hechos probados en el tipo penal del art. 153.2 y 3 CP. En realidad, está planteando un motivo de infracción de ley del art. 849.1º LECriminal por indebida aplicación del art. 153.2 y 3, y a su vez una indebida inaplicación indebida del art. 147.2 CP, vía adecuada para discutir ante este Tribunal, si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Lo que a la vez anuda con una infracción del principio acusatorio, ya que afirma que lo procedente es la absolución porque el Ministerio Fiscal no acusó por el art. 147.2 del CP, principio que aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, ya en Sentencias 17/1988, 168/1990, 47/1991, 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994, ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en Resoluciones de esta Sala de 14 febrero 1995, 14 marzo, 29 abril y 4 noviembre 1996, es del siguiente tenor: *"los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo"*. (STS nº 1590/1997, de 30 de diciembre).

Además, según reiterada doctrina de esta Sala recogida en la sentencia núm. 207/2018, de 3 de mayo, con cita expresa de la sentencia 86/2018, de 19 febrero, *"entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica"* (SSTC núm. 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).

1.3. El motivo no puede ser acogido ya que contiene una pretensión inasumible. Los hechos que se declaran probados, y que no se discuten en este motivo, tienen pleno encaje en el art. 153.2 y 3 del Código Penal.

Concurren en el supuesto todos los elementos típicos que exige la norma penal discutida, la cual incluye también las lesiones previstas en el art. 147.2 CP que no requieren ni asistencia facultativa, ni tratamiento médico o quirúrgico, siempre que los sujetos pasivos sean los mencionados en el art. 173.2 CP, entre otros *"(...) sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente (...)"*, condición que ostenta en este caso la víctima del delito, que es la hija de la pareja conviviente de la acusada.

Además, en otro caso, tampoco hubiera tenido lugar infracción alguna del principio acusatorio ya que no existe vulneración del mismo cuando ambos delitos (el que es objeto de acusación y el de condena) son homogéneos, siempre y cuando, claro está, el delito homogéneo por el que se condena esté castigado con igual o menor pena. En este sentido ha señalado el Tribunal Constitucional (sentencias núm. 12/1981, 134/1986, 225/1997 y 302/2000) que, sin necesidad de variar los hechos que hayan sido objeto de acusación, es posible, respetando el principio acusatorio, condenar por delito distinto, siempre que sea de la misma naturaleza o especie que el imputado, aunque suponga una modalidad distinta, pero cercana, dentro de la tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la imputada de forma expresa. Y ello porque, en este caso, se entiende que no se ha causado indefensión alguna al condenado, al haber podido defenderse en el acto del juicio de los elementos de hecho que integran ambos delitos, el que es objeto de acusación y el de condena.



Resulta obvio que este caso no concurre la infracción denunciada, pues como hemos dicho el art. 153.2 y 3 del Código Penal, incluye también las lesiones previstas en el art. 147.2 CP que no requieren ni asistencia facultativa, ni tratamiento médico o quirúrgico, cuando expresamente remite al apartado primero del art. 153, el cual sanciona "El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión...".

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- 2.1. En el segundo motivo se denuncia infracción constitucional al amparo del derecho fundamental del art. 25 CE de proporcionalidad de la pena.

Desarrolla el recurrente el motivo afirmando que la sentencia recurrida condena desproporcionadamente a la acusada por el delito de prostitución a la pena de 5 años y seis meses, con multa de 21 meses a razón de seis euros por día y 5 años de libertad vigilada, porque, aunque tan sólo se aplicara la atenuante de dilaciones indebidas como simple, con el subtipo agravado del art. 192.2 CP la pena máxima aplicable a estos autos por tal concepto es de cuatro años de privación de libertad, y de dos años si la atenuante fuera cualificada.

2.2. Como hemos dicho, entre otras, en la reciente sentencia 1005/2022, de 3 de enero de 2023, el principio de proporcionalidad, dice la STS 716/2014, de 29 de octubre, no está expresamente proclamado en la Constitución española, aunque constituye una exigencia implícita del art. 25 de la misma según tempranas declaraciones del Tribunal Constitucional. A partir de diciembre de 2009 un texto normativo de aplicación directa en nuestro ordenamiento lo consagra de manera expresa: el art. 49.3 (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea): " la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción". El juicio sobre la proporcionalidad de las penas compete al legislador en una primera instancia (SSTC 55/1996 y 88/1996 de 23 de mayo y 161/1997 de 30 de octubre y en el mismo sentido STS 466/2012 de 28 de mayo). Al criterio trasladado a la ley han de atenerse en el ejercicio de sus funciones los jueces y tribunales. En efecto, el juicio de proporcionalidad de la pena, previsto por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible, es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la CE consagra en su art. 1.1. En este sentido, la STS 791/2017 de 7 de diciembre.

Pero también incumbe tal principio a los Tribunales de Justicia cuando imponen la pena en concreto que sea procedente, conforme a los parámetros del criterio de individualización penológica que se disciplinan en el Código Penal.

2.3. En el supuesto, la pena impuesta es correcta, en cuanto a los delitos de prostitución de menores del art. 188.1 y 2 y 192. 2 del CP, en la redacción vigente en la fecha de los hechos, puesto que la pena tipo en abstracto iba de 5 a 6 años de prisión y multa de 18 a 24 meses -por lo que la máxima no es de cuatro años de prisión como denuncia el recurrente, además el artículo 192.2 obliga a imponerla en su mitad superior-, pero tal y como indica la sentencia, al concurrir la atenuante de dilaciones indebidas, la pena debe ser impuesta dentro de la mitad inferior de la legalmente prevista, que tiene un tramo punitivo que va de 5 años a 5 años y 6 meses de prisión, y ello, aunque el tribunal opte por imponerla en el máximo posible, valorando muy singularmente la gravedad del hecho, la cual se justifica por la concurrencia de algunos datos muy relevantes: la utilización continua de la violencia y de la intimidación para obligar a la víctima a ejercer la prostitución, y el mantenimiento de esta situación durante casi dos años.

De manera que la pena está legalmente obtenida y no vemos razón alguna para considerarla no proporcionada a los gravísimos hechos que ha cometido la acusada, de manera que el motivo no puede prosperar.

El motivo no es viable.

TERCERO.- 3.1. Por infracción de precepto constitucional fundada en la vulneración del art. 24.2 CE, al ser aplicable la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

El recurrente sostiene que la atenuante de dilaciones indebidas debió ser apreciada como muy cualificada, por lo que denuncia la indebida aplicación del art. 21. 7º en relación con el art. 66.1. 2ª CP. En definitiva, el motivo debe ser examinado como infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECriminal pues se discute la inaplicación de la atenuante como muy cualificada y la indebida aplicación como atenuante simple.

3.2. La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, su apreciación exige de la concurrencia de una serie de elementos constitutivos: a) que tenga lugar una dilación indebida en el sentido de no justificada; b) que sea extraordinaria, en el sentido de relevante, de fuste; c) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; d) que esa demora o retraso no sea atribuible al imputado; y e) que la dilación no guarde proporción con la



complejidad del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean indebidas (STS 1883/2016, de 6 de abril, entre otras).

La Sala Segunda, de lo Penal, en sentencia 468/2020, de 23 de septiembre, con cita del Auto 117/2019 de 10 Ene. 2019, Rec. 1168/2018 señala que: "el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 556/2017 de 13 Jul. 2017, Rec. 1528/2016 que "hay que recordar que las dilaciones indebidas no se determinan exclusivamente por la duración total del proceso o por el incumplimiento de los plazos, y desde luego la paralización ha de ser "extraordinaria" para ser apreciada como atenuante simple, según el tenor del artículo 21. 6 del Código Penal".

La regulación expresa que de la alegada causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, y se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Tal y como decíamos en nuestra sentencia 400/2017, de 1 de junio "En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España ; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España; SSTC 237/2001, 177/2004, 153/2005 y 38/2008; y SSTS 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5; 705/2006, de 28-6; 892/2008, de 26- 12; 40/2009, de 28-1; 202/2009, de 3-3; 271/2010, de 30-3; 470/2010, de 20-5; y 484/2012, de 12-6, entre otras).

En relación a la cualificación de la atenuante, se requiere de una paralización que pueda ser considerada superior a la extraordinaria, o bien que ésta, dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple. En este sentido, ha señalado esta Sala, (STS 692/2012) que "La apreciación como "muy cualificada" de esta atenuante procederá siempre que la dilación supere objetivamente el concepto de "extraordinaria", es decir, manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. También, cuando no siendo así, la dilación materialmente extraordinaria pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales."

Nuestra Jurisprudencia ha apreciado la atenuante con el carácter de muy cualificada en supuestos en los que se habían producido paralizaciones de notable consideración, por espacio de varios años. Así, en casos de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2000, de 8 de mayo, y 506/2002, de 21 de marzo); también se ha apreciado como muy cualificada en la STS 291/2003 , de 3 de marzo , por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001. En STS 896/2008, de 12 de diciembre, por hechos ocurridos 15 años atrás. En STS 551/2008, de 29 de septiembre, ante la tardanza de 5 años y medio en sede de la Audiencia, pendiente de la celebración del juicio oral terminada la instrucción; y en la STS 630/2007, de 6 de julio, por la paralización indebida por tiempo de 4 años, en esas mismas condiciones. Finalmente, la STS 132/2008, de 12 de febrero, estimó la atenuante muy cualificada al tratarse de una causa iniciada en el año 1990.

En la STS 626/2018, de 11 de diciembre, se aplicó la atenuante como simple en un proceso que duró seis años y tuvo una paralización cercana al año y medio y en la STS 414/2018, de 20 de septiembre se apreció la atenuante como simple a un proceso con una tramitación de 9 años y medio en la que no se apreciaron periodos de paralización.

3.3. En este caso, el tribunal analiza la causa y afirma que no han existido paralizaciones, que los hechos se han juzgado siete años después de ocurrir los hechos -por eso se aprecia la existencia de dilaciones indebidas-, que la causa fue declarada compleja, que la tramitación de la causa por el procedimiento de sumario es más



complicada que el procedimiento abreviado y, sobre todo, que aunque la instrucción ha durado cuatro años, afirma que fue complicada sin que existan parones relevantes.

Compartimos los argumentos de la sentencia de instancia sólo procede apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como simple, no con el carácter de cualificación que se interesa. En algunos precedentes, esta Sala ha aplicado la atenuante como muy cualificada en procesos por causas no complejas de duración entre ocho y doce años entre la incoación y la sentencia de instancia (STS 1224/2009; STS 1356/2009; STS 66/2010; STS 238/2010; y STS 275/2010) reduciendo la pena en uno o dos grados según las circunstancias de cada caso. Así se recogía, entre otras, en las SSTS 546/2019, de 11 de noviembre, y 72/2017, de 8 de febrero.

En el supuesto, la duración de la causa ha sido de siete años, y los datos objetivos acreditados no avalan el carácter cualificado de la atenuante, pues no prueban, ni se indican periodos de paralización de la causa, y la misma tiene complejidad, han sido ocho los acusados, y de difícil la investigación, por lo que aplicando la jurisprudencia anteriormente expuesta no procede estimar la alegación.

El motivo es improsperable.

CUARTO.- 4.1. En el cuarto motivo se denuncia infracción de precepto constitucional fundada en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto por el art. 24.2 CE, al no haberse acreditado en ningún caso la comisión por Clara del delito de los arts. 188.1 y 2 y 192.2 CP.

En el caso enjuiciado, hemos de señalar que la sentencia se basa sólo y exclusivamente en el único testimonio de la denunciante, realizado en el Plenario, en el que no se practicó la prueba con todas las garantías, porque se llevó a cabo por videoconferencia en la que sólo se escuchaba a la víctima, pero no se la podía ver en ningún momento, lo que constituye causa la nulidad radical de su declaración. Además, dónde lo primero que hizo fue ratificarse en sus anteriores contradictorias declaraciones de la fase de investigación, que como en la prueba preconstituida que se había realizado los días 13 de diciembre de 2013, 14 y 26 de marzo de 2014, 2 de septiembre de 2014 y 15 de diciembre de 2014, que incurren en numerosas e insalvables contradicciones, que impide ser considerada como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Que no han quedado acreditados en absoluto estos hechos, inspirados en la voluntad de venganza y odio alentado por su madre biológica, para lograr de una vez separar a su padre de su madrastra Clara .

4.2. Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos recordado en la sentencia 35/2020, de 6 de febrero, con citas de las SSTS 458/2009 de 13 de abril y 131/2010 de 18 de enero; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

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

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

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

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



lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

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

4.3. En el caso, la prueba fundamental de cargo ha sido el testimonio de la víctima. Los parámetros consisten en el análisis de su testimonio deben hacerse desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

La sentencia recurrida considera como pieza probatoria fundamental de los hechos y de la participación de la recurrente el testimonio de la denunciante, tanto el realizado en el Plenario, dónde lo primero que hizo fue ratificarse en sus anteriores declaraciones de la fase de investigación como en la prueba preconstituida que se había realizado los días 13 de diciembre de 2013, 14 y 26 de marzo de 2014, 2 de septiembre de 2014 y 15 de diciembre de 2014. Se afirma que la denunciante ha declarado en la fase de instrucción hasta en cinco ocasiones, y en todas ellas ha seguido la misma línea de seguridad y relato similar de los hechos denunciados, con la declarada y apreciada por el tribunal, dificultad de recordar situaciones muy similares que se produjeron durante casi 20 meses y en las que participan bastantes personas. Por todo ello, la Sala otorgo máxima credibilidad al testimonio de la denunciante.

También ha quedado probado que la menor ejercía la prostitución, no sólo por sus manifestaciones, sino porque incluso cuatro de los acusados en este procedimiento han reconocido en el Plenario haber mantenido con ella relaciones sexuales a cambio de dinero. Que este ejercicio se hacía bajo la intimidación ejercida por parte de Clara, su madrastra, bajo la amenaza de revelárselo a su padre, y con agresiones físicas caso de no traer el dinero que diariamente le reclamaba, queda demostrado por el testimonio de la menor y por la lesión que le causó en el brazo cuando un día determinado no llevó el dinero que le requería, lo que se acredita por el informe médico forense.

Son muchísimas las ocasiones en las que Eulalia hace referencia a como la obligaba su madrastra, con la que convivía, que incluso le preparaba también citas en el domicilio propio cuando no estaba su padre.

4.4. Destacamos en nuestro control casacional que la denunciante ha declarado en la fase de instrucción hasta en cinco ocasiones, y en todas ellas ha seguido la misma línea y relato similar de los hechos denunciados, y la Sala de instancia evalúa el nivel de persistencia y detalle de las distintas manifestaciones plenarias puesto en relación con lo declarado en el curso de las respectivas diligencias de preconstitución probatoria.

En cuanto a la queja de la recurrente relativa a la práctica de la declaración testifical de la denunciante en el juicio, por videoconferencia en la que solo se le escuchaba, pero no se la veía, invocando la nulidad de esta, resulta no viable. Con respecto a la declaración de un testigo de forma "oculta" sin ser visto por los acusados resulta, irrelevante, porque no existe ninguna merma del derecho de defensa por la circunstancia de tratarse de un testigo identificado, pero simplemente oculto a los efectos de la práctica de la prueba, no se expone cuál ha sido la merma en el ejercicio del derecho de defensa que se ha producido.

Ya se expuso por esta Sala en sentencias 98/2023, de 15 de febrero y 119/2019 de 6 Mar. 2019, que: "es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

- 1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.
- 2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.
- 3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.
- 4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.



5.- Deseo al olvido de los hechos.

6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración." .

Sobre esta forma de declaración por videoconferencia hemos señalado en sentencia 331/2019 de 27 Jun. 2019, que: "El uso de la videoconferencia permite la total conexión en los puntos de origen y destino como si estuvieran presentes en el mismo lugar, con lo que se da cumplimiento a la premisa de que se celebre la actuación judicial en unidad de acto. No se vulnera ningún principio procesal al poder dirigir las partes a los testigos las preguntas que sean declaradas pertinentes con contradicción y sin que pueda existir indefensión ni vulneración de la tutela judicial efectiva." .

Por ello, en la declaración por videoconferencia puede que el acusado tampoco vea visualmente a la víctima que declara, pero la defensa sabe quién es y lo tiene identificado y no puede alegarse desconocimiento de su identidad para que puedan hacerse preguntas al testigo que declara tras un biombo o por videoconferencia, sin merma del derecho de defensa, resulta irrelevante la falta de visión de la víctima.

4.5. Por otro lado, no se aprecian por la Sala contradicciones en el testimonio de la menor, que por otra parte no son puestas de relieve por la recurrente, puesto que se limita a poner en duda su testimonio por distintas circunstancias ajenas a la declaración de la menor, que en realidad podrían afectar a su credibilidad, tales como la ausencia del abuelo que no aparece en el procedimiento, o que su madre biológica la inició en la prostitución, que era masajista en baños turcos, o que no existen testigos que las vean juntas, que sus hijos biológicos no estarían escolarizados ni conseguido la nacionalidad española, o que no tenía lesiones vaginales, entre otras de la misma naturaleza, sobre las ventajas que ha podido obtener la víctima.

Sobre la objeción "sistémica" de credibilidad que introduce la recurrente, destacar, en los términos contenidos en la importante STEDH, caso L.V.C. y A.N. c. Reino Unido de 16 de febrero de 2021, que el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos impone rigurosas obligaciones positivas a los Estados tanto para sancionar y perseguir eficazmente cualquier acto destinado a mantener a una persona en una situación de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio, como para proteger a las víctimas. Obligación que debe activarse desde que las autoridades del Estado" conocían, o deberían haber conocido, las circunstancias que daban lugar a una sospecha creíble de que una persona identificada había sido, o corría el riesgo real e inmediato de ser, víctima de la trata o de la explotación en el sentido del apartado a) del artículo 3 del Protocolo de Palermo y del apartado a) del artículo 4 del Convenio contra la trata. Cuando este sea el caso, habrá una violación del artículo 4 del Convenio cuando las autoridades no tomen las medidas apropiadas en el ámbito de sus competencias para sacar al individuo de esa situación o riesgo" -vid parágrafo 152-.

En modo alguno puede negarse, como pretende la recurrente, la credibilidad subjetiva de quien afirma ser víctima de trata porque el Estado, en cumplimiento de una obligación convencional inderogable, disponga de mecanismos de protección frente a un delito tan grave, con tanta carga lesiva de la dignidad humana, como lo es la trata de personas, al que podríamos añadir los delitos de prostitución. Ello supondría, sencillamente, favorecer la impunidad de esta clase de delitos.

Tampoco se aprecia móvil espurio alguno, analizado todo el conjunto de datos que han accedido al cuadro de prueba, no hemos encontrado ninguno que avale la hipótesis de la causa espuria consistente en una supuesta venganza y odio alentado por su madre biológica, para lograr de una vez separar a su padre de su madrastra Clara . En definitiva, no solo el testimonio ofrecido por Eulalia nos resulta creíble, sino que, lo más decisivo, la información aportada por esta, puesta en relación con el resto de los datos, apuntados por la Sala, la consideramos fiable.

El motivo se desestima.

Recursos de Everardo y Ernesto

QUINTO.- 5.1. Analizaremos ambos recursos conjuntamente, al ser idénticos los motivos casacionales alegados, basados en infracción del art. 21.6 del CP por no apreciarse la atenuante de dilaciones indebidas como cualificada, infracción del artículo 25 de la CE por falta de proporcionalidad de las penas impuestas, y del art. 24 de la CE, denunciando vulneración del principio de presunción de inocencia.

En cuanto a las alegaciones relativas a la aplicación indebida de la atenuante de dilaciones indebidas como simple, e inaplicación de la atenuante como cualificada, nos remitimos a todo lo analizado en el FD 2º de esta resolución, que damos por reproducido para evitar reiteraciones innecesarias.

5.2. Con respecto a la infracción del principio de presunción de inocencia, invocado por ambos acusados, reiteramos lo analizado en el FD cuarto sobre la revisión de la valoración probatoria en casación, y en especial sobre el análisis del testimonio de la víctima.



5.2.1. Everardo . Con respecto al delito de prostitución por el que viene condenado alega que no existen datos suficientes de que el mismo conociera la edad de Eulalia cuando tuvo relaciones sexuales con la misma, y en cuanto al delito de agresión sexual, niega valor incriminatorio al testimonio de la víctima resaltando una supuesta animadversión de la misma con el recurrente como consecuencia de la relación sentimental que tuvo con una persona que era amiga de la denunciante y que fue el motivo de la denuncia por "malos tratos".

El tribunal rechaza las alegaciones de varios de los acusados invocando error con respecto a la edad de Eulalia , en concreto con respecto al recurrente afirma que, por un lado, lo contrario se desprende del testimonio de la menor respecto de Everardo ya que era conocido de su padre y que "por supuesto sabía que era menor", pero es más, añade que: " *El hecho de que de forma genérica dijera Eulalia en algunas ocasiones le había dicho a algunos clientes que tenía 19 años, no supone de ninguna manera que ello se lo dijera a estos acusados.*

Pero es que los datos y pruebas que se han practicado nos llevan al convencimiento absoluto, que estos tres acusados, como los otros sabían a ciencia cierta que era menor.

Así tenemos las manifestaciones de los testigos Sres. Jose Daniel y Luis María , las impresiones de la Sra. Forense que la atendió en el Hospital de DIRECCION002 , que indica que se trataba de una chiquilla, muy menudilla, e incluso el propio visionado de los vídeos de las pruebas preconstituidas, dónde se observa claramente que se trata de una niña, término, este de "niña" que en los informes utilizaron algunos de los Letrados con frecuencia al referirse a Eulalia .

Por lo tanto, en forma alguna se puede apreciar este error."

Las citadas razones son convincentes y acordes con la valoración racional sobre la concurrencia del elemento subjetivo del dolo: existió, al menos, dolo eventual, pues el autor pudo haber captado la edad de la víctima, menor de 16 años, por su aspecto aniñado y su apariencia acorde con la edad real. Ante la eventual duda el acusado no desistió, sino que siguió adelante, culminando su abuso sobre quien era menor de 16 años como su aspecto infantil denotaba, tal y como pone de relieve el tribunal.

En ese sentido se ha pronunciado esta Sala, entre otras en la STS 390/2018, de 25 de julio, donde decíamos que "Esta indiferencia hacia la edad del menor permite declarar concurrente el dolo del acusado, al menos como eventual, toda vez que éste, como decíamos en la STS 527/2015, de 22 de septiembre, "asume que el menor no alcance la edad de disposición de la libertad sexual, entonces 13 años y hoy a 16, y mantiene esa situación arriesgada para el bien jurídico sin hacer nada para adecuar su conducta a la no realización del tipo penal prohibitivo de este tipo de conductas respecto de menores sin capacidad de disposición, asumiendo la realización del delito". (STS 82/2023 de 9 de febrero).

En cuanto al delito de agresión sexual, lo único que se pone de relieve es el supuesto móvil espurio en la declaración de Eulalia - animadversión de la misma con el recurrente como consecuencia de la relación sentimental que tuvo con una persona que era amiga de la denunciante y que fue el motivo de la denuncia por "malos tratos"-es rechazado expresamente por la Sala en los siguientes términos " *Respecto de las alegaciones de la defensa en el sentido de que hay animadversión de la menor respecto de Everardo , basadas en una amistad con una anterior pareja de éste que le había acusado, carecen de la más mínima prueba, habiendo sido rechazadas las mismas por la denunciante de forma categórica, por lo que no pueden tener relevancia alguna* ".

El tribunal razona que en la prueba preconstituida realizada el 2 de septiembre de 2014, y que ratificó la denunciante en el Plenario, por lo que se refiere a los incidentes que ocurren en el vehículo del recurrente, en concreto en dos momentos cercanos en el tiempo " *como señala la menor, en el primero de ellos, se mantiene por ella que hubo sexo vaginal mediante precio, pero que cuando el acusado quiso mantener sexo anal esta se negó, sin que conste que utilizase violencia o intimidación para conseguirlo, pero que al marcharse apresuradamente se dejó las llaves.*

Ello hace que queden para entregárselas, también en el vehículo del acusado, y en esta ocasión el acusado, sin haber hablado con la menor para mantener sexo mediante compensación económica, la golpea, la zarandea, le sujeta las manos, le quita la ropa y la penetra analmente, sin consentimiento de ella, lo que hace y consigue con la violencia que ha empleado."

También se analiza el testimonio reiterado en el tiempo por la víctima sobre las relaciones sexuales mantenidas con la menor a cambio de precio, sobre las que afirma que fueron múltiples las relaciones sexuales con ella, sin que se aprecie móvil espurio en su declaración a la que otorga plena fiabilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, no identificamos lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente Everardo . La conclusión de participación criminal a la que llegó el tribunal de instancia en ambos delitos es altamente consistente y excluye toda duda razonable.



5.2.2. Ernesto . El motivo de infracción del principio de presunción de inocencia que desarrolla este recurrente, es idéntico, una copia exacta, del motivo alegado por la recurrente Clara , donde se pone de relieve la nula credibilidad de la testigo, y las múltiples contradicciones en su testimonio que no son tales, sino que se trata de datos que se reiteran en este recurso sobre la supuesta falta credibilidad de la menor, relativos a su madre, a toda omisión al abuelo, al hecho de la existencia de dos hijos mellizos, que se puso nerviosa porque no pudo renovar su autorización de trabajo..., que descartamos por las razones examinadas en el FD cuarto, epígrafe 4.4.; siendo totalmente intrascendentes los datos concretos apuntados con respecto a Ernesto , que no se les ha visto juntos, o que no tiene coche, sino ciclomotor, ni vivienda propia.

Con respecto a este recurrente afirma el tribunal que el testimonio de la menor les lleva a no tener dudas de la existencia de frecuentes relaciones sexuales de Eulalia con el recurrente, las primeras totalmente consentidas por la misma, y consistente en penetraciones vaginales, lo cual se hacía a cambio de una contraprestación económica, habitualmente 50 euros, con pleno conocimiento del acusado de la edad de la menor, rechazando las alegaciones de la defensa sobre el desconocimiento de que Eulalia era menor de edad con base en la prueba consistente en lo documentado en el móvil de Ernesto " se le encuentra en su teléfono móvil que el número de Eulalia ha sido guardado con la siguiente reseña " DIRECCION003 ..." cuando la menor tenía precisamente 15 años cuando comenzóa mantener relaciones sexuales con ella."

Por otro lado, destaca y analiza la Sala, que la víctima en la prueba preconstituida realizada el 26 de marzo de 2014, ratificada en el plenario, en presencia de éste acusado y de su defensa, afirmó que le solicitó en varias ocasiones la práctica de sexo oral, negándose ella a realizarle una felación, por lo que el acusado para conseguirlo, al menos en una ocasión, la cogió del pelo y le dio dos bofetadas, por lo que por medio precedió a realizar la felación.

En el caso, no existe ninguna valoración irracional de la prueba practicada por parte de la Sala, ni ausencia de valoración de prueba alguna, ni apartamiento de las máximas de experiencia, por lo que debemos concluir que existe prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia de condena, y enervar el derecho de presunción de inocencia de los acusados.

Los motivos no pueden prosperar.

5.3. Infracción del artículo 25 de la CE por falta de proporcionalidad de las penas impuestas a ambos recurrentes.

5.3.1. Everardo denuncia que a la hora de ponderar la aplicación de la pena impuesta al mismo, el tribunal no ha tenido en cuenta dos circunstancias necesarias a la hora de aplicar la pena: que el acusado había mantenido con la denunciante relaciones sexuales únicamente en dos ocasiones, detallando que una se realizó con consentimiento mediante pago económico y otra forzada, y que además entiende que se ha de tener igualmente en cuenta que el tiempo transcurrido desde el año 2011 en que ocurren los hechos, hasta el momento de la celebración del juicio oral y por tanto han pasado más de 10 años.

La alegación debe ser desestimada. En primer término, no es cierta la afirmación de que el acusado había mantenido con la denunciante relaciones sexuales únicamente en dos ocasiones ya que en el relato fáctico se hace constar que Everardo "mantuvo numerosas veces relaciones sexuales retribuidas con Eulalia (...) y en una de las ocasiones actuando el procesado con ánimo lascivo, indico a aquella que quería introducir su miembro sexual por el ano de Eulalia , y al negarse aquella, le golpeo y zarandeo, y agarrándola de los brazos, introdujo su miembro sexual por el ano de aquella ". Además, el tiempo transcurrido es tenido en cuenta por el tribunal aplicando la atenuante simple de dilaciones indebidas, imponiendo la pena dentro del tramo inferior de la misma.

5.3.2. Ernesto . Lo único que se alega por el mismo, es que, al concurrir la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, por rebajarse en dos grados la pena del art. 188.2 CP, la pena máxima a imponer sería de 1 año de privación de libertad, y la pena del art. 179 del CP, máxima, sería de 4 años.

El motivo no resulta viable. Como hemos analizado el FD 3º la atenuante de dilaciones indebidas apreciada por el tribunal lo ha sido como simple, no cualificada, criterio que por las razones expuestas en el citado fundamento comparte esta Sala, por lo que no cabe hablar de desproporcionalidad de la pena por no rebajarse las penas tipo en dos grados.

Los motivos decaen.

SEXTO.- Se imponen las costas causadas a los recurrentes (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

NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Clara , Ernesto , y Everardo , contra Sentencia nº 54/2021, de fecha 8 de febrero de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, en el Procedimiento Sumario Ordinario nº 15/2018; con imposición de las causas devengadas a los recurrentes.

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