



Roj: **STS 4319/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4319**

Id Cendoj: **28079120012021100906**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2021**

Nº de Recurso: **10113/2021**

Nº de Resolución: **924/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 924/2021

Fecha de sentencia: 25/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10113/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2021

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

Procedencia: SALA DE APELACION DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TSJ DE CATALUÑA

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

Transcrito por: HPP

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 (P) núm.: 10113/2021 P

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 924/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura



En Madrid, a 25 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número **10113/2021**, interpuesto por **D. Virgilio** representado por la Procuradora D^a Beatriz Verdasco Cediel bajo la dirección letrada de D^a Virginia Inés Parra Villegas y **D. Jose Pedro** representado por el Procurador D. Alberto Alfaro Matos bajo la dirección letrada de D. Joan Pere Zapata Saldaña contra la sentencia núm. 354 dictada en el Rollo de Apelación núm. 81/2020 por la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 14 de diciembre de 2020 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 105/2020 dictada el 15 de abril de 2020 por la Audiencia Provincial de Girona, Sección Cuarta en el Rollo Sumario 3/2019.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, la acusación particular **D^a Pilar Camps Costa Abogada de la Generaliat de Cataluña**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Girona instruyó el Sumario núm. 3/2019 por delitos de agresión sexual a menores de 16 años, delito de violencia psíquica habitual sobre descendente, contra la salud pública, contra la indemnizad sexual a menor de 16 años, delito leve de injurias y vejaciones contra Jose Pedro y Virgilio, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Girona, Sección Cuarta, en la que vista la causa dictó en el Rollo 16/2019 sentencia núm. 105/2020 en fecha 15 de abril de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO. Ha quedado acreditado que Jose Pedro, mayor de edad, con DNI nº NUM000 y sin antecedentes penales, es padre biológico de Fidela, nacida el NUM001 de 2013. [sic]

Por resolución, de 24.10.07, la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (DGAIA) suspendió la patria potestad del acusado respecto de sus tres hijos menores, y asumieron las funciones de guarda los abuelos paternos, hasta que por resolución de 29/03/16 se dejó sin efecto la delegación de la guarda de Fidela a sus abuelos paternos y se acuerda la medida de acogida por parte de los Servicios de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Generalitat, y la menor pasa a residir, definitivamente, en el centro de acogida DIRECCION000 de Girona.

a) Ha quedado acreditado que, en fecha no determinada del año 2006, cuando Fidela tenía unos 3 años y vivía con sus padres biológicos en DIRECCION001, en un momento que la menor dormía en una cama de la casa, el acusado, con el ánimo de satisfacer sus deseos sexual, yació sobre Fidela, moviendo su cuerpo con gestos de indudable contenido sexual hasta que fue sorprendido por la madre de la niña.

b) Desde el mes de octubre de 2007 hasta el año 2014, en que los abuelos paternos se separaron, Fidela vivió con ellos en la localidad de DIRECCION002, en la CALLE000 n.º NUM002.

Cuando Fidela tenía unos 9 años, en fechas no determinadas, mientras la menor se estaba duchando, entró el acusado desnudo y le enseñó el pene.

En esa misma época y en fechas también indeterminadas, en casa de los abuelos paternos donde vivía Fidela, mientras la menor se encontraba en su habitación, el acusado entraba y, con el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, la desnudaba, restregaba su pene contra las nalgas de Fidela, la ponía de lado y, mientras Fidela intentaba apartarlo con la mano, sin conseguirlo, el acusado la penetraba analmente, provocando que la niña llorara. Estas penetraciones se repitieron varias veces, sin poder precisar el número.

Estos mismos comportamientos y con el mismo ánimo se repitieron en un número indeterminado de ocasiones en el piso que el acusado tenía, en aquella época, en DIRECCION002, cuando Fidela lo iba a visitar.

c) Entre el 27 de septiembre de 2016 y el 30 de enero de 2017, cuando Fidela residía en el centro DIRECCION000 de Girona, el acusado con el ánimo de humillar, menospreciar y atentar contra la libertad y tranquilidad de la menor, envió al teléfono móvil de Fidela, a través de DIRECCION003, varios mensajes, algunos con el siguiente contenido: "Eres una hija de puta"; "Guarra de mierda", "Te pica el chichi"; "Eres más puta, niña"; "Vaya mierda de vida que tienes"; "Serás la más guarra de DIRECCION004"; "No tienes futuro"; "Eres una chula de mierda".

d) El día 4 de noviembre de 2017, el centro DIRECCION000 concedió al acusado el primer permiso para disfrutar a solas con Fidela, desde las 10.00 horas. hasta las 19.00 horas. En hora indeterminada, cuando ya volvían al centro DIRECCION000, el acusado desvió, por un camino desconocido para la niña, el coche que conducía y, con el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, comenzó a poner la mano sobre la pierna de la



menor, que entonces tenía 14 años y que ella apartaba. Luego comenzó a tocarle la vulva, detuvo el coche en un copo apartado y le bajó los pantalones y las braguitas, le tocó los pechos y le puso los dedos en la vulva, el acusado se tocaba el pene y cuando terminó, eyaculó y se subió los pantalones, ella se puso a llorar y, finalmente, la llevó al centro.

SEGUNDO. a) No ha quedado acreditado que, desde que Fidela tenía 3 años hasta el día que se denunciaron los hechos, el acusado hubiera tratado a su hija menor de edad como un objeto sexual, ni que hubiera creado en Fidela sentimientos de dependencia y sumisión, a través de insultos, humillaciones, desprecios, con mensajes y vídeos de DIRECCION003, que le enviaba el acusado y que mostraban imágenes de autolesiones del acusado y de consumos de drogas para forjar en ella una falsa conciencia de culpabilidad con la intención de hacerla sentir responsable de los actos que recogían las imágenes.

b) No ha quedado acreditado que, cuando la menor tenía unos siete años y en las visitas que le hacía el acusado en DIRECCION002, en varias ocasiones la hubiera llevado en coche con la excusa de enseñarle a conducir y, con el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, la hubiera sentado en su regazo, ni que le hubiera tocado la vulva por debajo de la ropa.

c) En el año 2014, cuando los abuelos paternos de Fidela se separaron, la menor, que tenía unos once años, se fue a vivir con su abuela Julia a DIRECCION004, en la CALLE001 n.º NUM003, donde también fue a vivir el acusado.

No ha quedado acreditado que el acusado, con el mismo ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, aprovechando que la abuela dormía, hubiera desnudado a Fidela después de haberle hecho tomar una bebida alcohólica, ni que la hubiera besado en la boca, ni que, mientras lloraba, la hubiera puesto boca abajo, apoyándose la menor en las cuatro extremidades, ni que la hubiera sujetado con fuerza para contener su resistencia, ni que la hubiera penetrado analmente, sin protección de ningún tipo, hasta eyacular en su interior.

d) Entre finales del año 2015 y principios de 2016, Jose Pedro vivía en DIRECCION004, en el domicilio de su madre Julia. En ese periodo, en fecha indeterminada, el acusado salió de bares con sus hijos, Luis Pedro, de 15 años, y Jose Pedro.

No ha quedado acreditado que en uno de los locales a los que fueron, Luis Pedro y el acusado hubieran entrado en los lavabos y que Jose Pedro hubiera entregado a Luis Pedro una dosis de cocaína, preparada por su padre en tres o cuatro "rayas", ni que Luis Pedro la hubiera esnifado a requerimiento de su padre, ni que el acusado se hubiera masturbado, mientras observaba a su hijo esnifar la cocaína.

TERCERO. Virgilio, mayor de edad, con DNI n. 0 NUM004, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, es el tío paterno de la menor Fidela, nacida el NUM005 de 2003.

a) Ha quedado acreditado que Virgilio, en fecha no determinada, pero cuando Fidela tenía un 9 años y vivía en casa de sus abuelos paternos, en la CALLE000 n.º NUM002 de DIRECCION002, mientras dormía en su habitación, la menor se despertó y se encontró al inculcado tumbado a su lado y, con el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, se estaba moviendo y restregando con el cuerpo de ella y en un momento determinado le tocó la vulva por encima de la ropa y le frotaba el pene contra las nalgas de ella. Mientras esto sucedía, Fidela le apartaba la mano, pero él no hacía caso. También le pidió que le tocara el pene y ella lo hizo.

b) En fecha no determinada, Fidela, que tenía unos 11 años, su abuela paterna, su hermano Luis Pedro y el inculcado fueron de vacaciones a un campin de DIRECCION005, donde compartían un bungalow, en un momento determinado, mientras Fidela dormía en una litera, Virgilio, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, se estiró a su lado y le empezó a tocar los pechos y la vulva por encima de la ropa sin su consentimiento.

c) No ha quedado acreditado que, en el piso del inculcado de la CALLE002 de DIRECCION002, se hubiera metido en la misma cama en la que se encontraba Fidela, que en aquella época tenía unos 9 años, tampoco ha quedado acreditado que se hubiera bajado los pantalones y sacado el pene, ni que le hubiera dicho: "¿quieres hacerlo?", ni que se hubiera situado sobre la niña para inmovilizarla, ni que le hubiera tocado los pechos y la vulva por encima de la ropa, ni que le hubiera dicho que se la chupara, ni que le hubiera bajado el pijama a la menor, ni que hubiera restregado el pene con las nalgas de Fidela.

CUARTO. Los hechos declarados probados han causado a Fidela un DIRECCION006 de carácter crónico que precisa en la actualidad y que requerirá en el futuro tratamiento especializado de larga duración y que presenta como sintomatología principal tristeza, labilidad emocional, preocupación excesiva, ansiedad, sobrerreacción contra las normas, auto y heteroagresividad, inhibición, timidez excesiva y, como manifestaciones físicas, presenta insomnio, anorexia cefaleas, agitación y taquicardias.



QUINTO. En el momento de la comisión de los hechos, ambos acusados eran adictos al consumo de cocaína y alcohol que afectaba a sus capacidades intelectivas y volitivas".

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

"FALLAMOS: CONDENAR A Jose Pedro como autor de un delito continuado de abusos sexuales sobre menor de 16 años, con penetración y sobre descendiente y un delito de injurias del art. 173.4 del CP, con la concurrencia de la atenuante analógica de drogadicción en ambos delitos a las penas de:

11 años de prisión por el primer delito, con la accesoria legal de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; la medida de seguridad de libertad vigilada por el tiempo de 7 años, que se deberá ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad; la pena accesoria de privación de la patria potestad hasta la mayoría de edad de Fidela, nacida el NUM005 de 2003, en los términos descritos en el fundamento de derecho octavo; la pena de inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en 4 años a la pena privativa de libertad impuesta; y la prohibición de que se acerque a Fidela, a su domicilio, residencia, colegio, o cualquier otro lugar que frecuente a una distancia inferior a 500 metros; y la prohibición de que se comunique con ella por cualquier medio, informático o telemático, que le permita establecer contacto escrito, verbal o visual por un tiempo superior a 5 años de la pena de prisión que se imponga.

15 días de localización permanente por el delito leve de injurias continuado y al pago de 2/6 partes de las costas.

ABSOLVEMOS A Jose Pedro de un delito de violencia psíquica habitual sobre descendiente menor de edad del art. 173.2 del CP; de un delito contra la salud pública en la modalidad de favorecimiento y facilitación del consumo de sustancias que causan grave daño a la salud a menores de 18 años, previsto y penado en los art. 368.1 y 369. 1 y 4.º del CP, y de un delito contra la indemnidad sexual del art. 183 bis, apartado primero, del CP, en la modalidad de hacer presenciar actos de carácter sexual a menor de 16 años. Declaramos de oficio 3/6 partes de las costas.

CONDENAMOS A Virgilio, como autor de un delito continuado de abusos sexuales a descendiente menor de 16 años, con la concurrencia de la atenuante analógica de drogadicción, a la pena de 5 años de prisión, con la accesoria legal de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; la medida de seguridad de libertad vigilada por el tiempo de 3 años con posterioridad a la pena privativa de libertad; y la prohibición de que se acerque a Fidela, a su domicilio, residencia, colegio o cualquier otro lugar que frecuente a una distancia inferior a 500 metros; y la prohibición de que se comunique con ella por cualquier medio, informático o telemático, que le permita establecer contacto escrito, verbal o visual por un tiempo superior a 3 años de la pena de prisión que se imponga; y a 1/6 parte de las costas procesales.

En materia de responsabilidad civil, ambos acusados deberán indemnizar, conjunta y solidariamente, a Fidela en la cantidad de 50.000 euros, cantidad que producirá los intereses previstos en el art. 576 de la LECrim.

Contra esta Sentencia cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que se deberá presentar en esta Audiencia Provincial en el plazo de diez días, a partir del última notificación. Únase la certificación al rollo correspondiente".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados Jose Pedro y Virgilio, dictándose sentencia núm. 354 por la Sección de Apelación de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 14 de diciembre de 2020, en el Rollo de Apelación núm. 81/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

" 1.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jose Pedro contra la sentencia, dictada en fecha de 15 de abril de 2020 por la Audiencia Provincial de Girona (Sección 4ª) en el Sumario 16/2019.

2.- ESTIMAR EN PARTE el recurso interpuesto por la representación procesal de Virgilio contra dicha sentencia en el sentido de fijar que la responsabilidad civil, que se establece en la sentencia será a cargo de Jose Pedro en cuatro quintas partes y de Virgilio en una quinta parte, respondiendo ambos de forma solidaria.

3.- CONFIRMAR la referida sentencia en sus otros extremos.

4.- Declarar de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representaciones legales de los condenados, Jose Pedro y Virgilio 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 los recursos.

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

Recurso de Jose Pedro .

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Indefensión por inadmisión de pruebas.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional. Infracción al derecho a la presunción de inocencia. insuficiencia probatoria.

Recurso de Virgilio .

Motivo Primero.- Por infracción de la Ley del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Infracción de ley por indebida aplicación de los arts. 183.1 y 4 del C.P.

Motivo Segundo.- Por infracción del precepto constitucional.-Se formula al amparo del artículo 5,4 de la LOPJ, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en su artículo 24, número 2, en relación con el artículo 53, número 1, del propio Texto Constitucional y por ende a una tutela judicial efectiva del artículo 24.1 del mismo cuerpo legal.

Motivo Tercero.- Vulneración del principio IN DUBIO PRO REO.

Motivo Cuarto.- (Sin especificar vía impugnativa) En relación a que los hechos acaecidos por los dos acusados hayan sido enjuiciados en el mismo procedimiento ha perjudicado a Virgilio .

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la Abogada de la Generalitat de Cataluña presentó escritos de impugnación; la representación procesal de Virgilio presentó escrito adhiriéndose al segundo motivo del recurso de Jose Pedro ; el Ministerio Fiscal interesó en su escrito de fecha 9 de septiembre de 2021 la inadmisión de los motivos interpuestos y subsidiariamente su desestimación; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 23 de noviembre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- La sentencia recurrida es la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia contra la resolución de la Audiencia Provincial, que condena a Jose Pedro como autor de un delito continuado de abusos sexuales sobre su hija, menor de 16 años, con penetración del art. 183.1, 3 y 4.d) y un delito de injurias del art. 173.4 del CP; y a Virgilio , hermano del anterior, por hechos diferentes, como autor de un delito continuado de abusos sexuales sobre la misma menor su sobrina, de los arts. 183.1 y 4.d).

El recurso de apelación formulado por uno y otro condenado fueron desestimados y uno y otro condenado interponen su respectivo recurso de casación contra la sentencia de apelación.

Recurso de Jose Pedro .

PRIMERO.- El primer motivo que formula es por infracción de precepto constitucional. Indefensión por inadmisión de pruebas.

1. Se queja de la inadmisión por parte del Tribunal Superior de Justicia, de una prueba sobrevenida, es decir, posterior a la vista oral y anterior al dictado de la sentencia de segunda instancia, consistente en una grabación en la que la víctima, hija del acusado, supuestamente se retractaba de la denuncia presentada en su día, en tanto que molesta por las noticias aparecidas en la prensa, afirmaba que su padre no la había violado (" Jose Pedro , a mi el papa no m'ha violat"). Relata que la grabación fue depositada anónimamente en el buzón del despacho profesional del abogado que firma el recurso, en un lápiz de memoria, razón por la que solicitó al TSJ que acordara la exploración de la menor, prueba que le fue rechazada, impidiendo así, indica, un juicio de revisión con todas las garantías.

2. La cuestión fue ya adecuadamente resuelta en la sentencia de apelación; donde explica que no resulta acreditado que la voz grabada perteneciera a la menor hija del recurrente, ni que su contenido permitiera inferir como no sucedidos los hechos objeto de condena; frente, por otra parte, al cuadro probatorio plural de inequívoco signo incriminatorio que sustenta el pronunciamiento condenatorio.



3. El Ministerio Fiscal, añade que la falta de la falta de identificación de la vía impugnativa a la que se acude y del precepto constitucional supuestamente infringido, bastarían para inadmitir el motivo. También la Abogada de la Generalitat de Cataluña.

Y que el derecho a la prueba no es ilimitado. Y así, ya la STC nº 181/1999, de 11 de octubre, precisaba que para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración del derecho al uso de los medios de prueba es preciso: a) que el recurrente haya solicitado su práctica en la forma y momento legalmente establecidos, pues, al tratarse de un derecho de configuración legal, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que es condición inexcusable para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos; b) que la prueba propuesta sea objetivamente idónea para la acreditación de hechos relevantes y c) que la misma sea decisiva en términos de defensa, es decir que tenga relevancia o virtualidad exculpativa, lo que ha de ser justificado por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda.

Siendo claro, que en este caso, no concurre ninguno de los presupuestos señalados por el Tribunal Constitucional, lo que ya se desprendía de la respuesta dada por el TSJ.

4. En definitiva, la cuestión en los términos propuestos ya estaba apropiadamente resuelta; y se instaba en momento tan intempestivo, celebrada ya la vista, que no mediaba posibilidad fuere cual fuere el contenido acreditativo que pudiera resultar de su práctica (art. 656 LECrim y jurisprudencia expansiva en aplicación del art. 786.2, previsto para el procedimiento abreviado); pues ya había operado preclusión definitiva para su presentación; y a ello se adiciona su escasa fiabilidad y potencialidad acreditativa.

El recurso de desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo se formula literalmente por "infracción de precepto constitucional. Infracción al derecho a la presunción de inocencia. insuficiencia probatoria".

1. Cuestiona la prueba por la que se entienden acreditados los tres hechos objeto de condena: i) en relación con el primero, indica que la menor tenía tres años por lo que no es posible que se acuerde y con la madre media malquerencia, por lo que carece de credibilidad; ii) en relación al segundo, además de la crítica de la inconcreción de los episodios de abuso en un período tan largo de siete años, no entiende verosímil los abusos imputados sin que los abuelos o los hermanos se dieran cuenta de ello, ni que hallándose bajo continuo control administrativo de la Generalitat de Catalunya ni los trabajadores sociales y los servicios médicos a los que acude de manera ininterrumpida bajo supervisión de aquéllos durante todo este lapso de tiempo, advirtieran que era objeto de penetraciones anales; y iii) en cuanto al episodio de 4 de noviembre de 2017, reprocha la *asimetría* en la valoración probatoria respecto de los abusos en el hermano de la denunciante cuya participación se considera no acreditada; y por último, reitera en general, la ausencia de elementos corroboradores.

2. Aunque de nuevo de manera innominada, parece invocar su derecho a la presunción de inocencia.

Conforme señalan numerosas resoluciones de esta Sala (vid por todas STS : 582/2021 de 1 de julio y las que allí se citan, con referencia expresa a la sentencia núm. 476/2017, de 26 de junio), "la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala. En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación,



pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del artículo 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada."

En definitiva el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquéllas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

En el mismo sentido, hemos señalado en la sentencia núm. 582/2020, de 5 de noviembre que "El recurso ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no parece correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso, ya desestimado, contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; es decir, actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que de facto se ignora sin convertirlo en el objeto directo de la nueva impugnación.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en la fiscalización realizada mediante la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa."

3. Sin embargo, en autos, el recurrente no se refiere a los argumentos de la sentencia recurrida, sino que se limita a insistir en lo planteado en la apelación; por lo que no nos resta sino remitirnos a los apartados del tres al doce de la sentencia de apelación, donde se resuelven ya las cuestiones planteadas, de manera razonable y lógica.

Pues mediando prueba de cargo a través del testimonio de la víctima, con ausencia del más mínimo ánimo espurio constatado por cuanto la menor no quería presentar denuncia alguna contra su padre, por no perjudicarlo y sólo cuando se repite la conducta imputada en un tercer periodo temporal, le contó lo sucedido a la compañera con la que vivía en un centro de acogida, siendo esta testigo quien le aconsejó ponerlo en conocimiento de la tutora educativa, de la guardadora legal y de su propia madre, habiendo declarado todas como testigos en el plenario, que razonablemente conforman las precisas corroboraciones periféricas de lo relatado por la víctima; al que se une el dictamen de las doctoras forenses y la objetiva secuela originada; así como los mensajes que el acusado enviaba a su hija por DIRECCION003 con un contenido obsesivo, de celos, manifestándole que estaba enamorado de ella; y siendo además la madre, testigo directo del primer episodio de abuso, cuando la menor sólo contaba con tres años de edad. Tras esas comprobaciones de la suficiencia de la prueba de cargo lícitamente practicada, la función casacional en relación a la presunción de inocencia, no alcanza a realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas

El motivo se desestima.

Recurso de Virgilio .

TERCERO.- El primer motivo que formula este recurrente es por infracción de la Ley del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Infracción de ley por indebida aplicación de los arts. 183.1 y 4 del C.P.

1. Aunque enuncia infracción de ley, en la explicación del motivo argumenta que entiende incorrecto el juicio de inferencia realizado por la Sala para dar probados los hechos en base en las declaraciones de la víctima; pues en ningún momento se ha probado no sólo la realización de agresión sexual sino que la misma haya sido de forma continuada; media un error claro y persistente, asevera, en la valoración de la prueba, vulnerando de esta manera la presunción de inocencia y el principio de in dubio pro reo,



2. Este motivo de infracción de ley, sirve para fiscalizar si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, como sucede ahora, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECrim.

CUARTO.- El segundo motivo, lo formula por infracción del precepto constitucional al amparo del artículo 5,4 de la LOPJ, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en su artículo 24, número 2, en relación con el artículo 53, número 1, del propio Texto Constitucional y por ende a una tutela judicial efectiva del artículo 24.1 del mismo cuerpo legal.

1. Reitera en este motivo que la condena se basa en la declaración de la víctima a pesar de que la misma no resulta sólida, invariable sin grietas ni fisuras; pudiendo no ser certera, dadas sus manifestaciones ante los Mossos d'Esquadra, ante el Equipo técnico, ante el Instructor y en el plenario

Argumentación que se formula de modo abstracto, pues no concreta una sola contradicción, salvo un aserto descontextualizado, sobre los hechos ocurridos en DIRECCION005, que en instrucción dijo: *van a pasar a las 11 de la mañana porque su tío y amigos llegaban de fiesta aquella hora*; mientras que en el plenario manifiesta que *en la noche y que su abuela se encontraba fuera del bungalow*.

Errores de traducción aparte, es obvio que tan concisas locuciones, carecen de entidad para cuestionar el conjunto de la declaración de la menor. Tanto menos, cuando valorada por el Tribunal *a quo*, expone la coherencia del conjunto global de las manifestaciones de la menor, sobre ese episodio del camping, a partir de la detallada explicación de las dependencias interiores y exteriores del habitáculo del camping, coincidente con la distribución que explicó su hermano.

También la sentencia recurrida, dio cumplida explicación de las aparentes divergencias que el recurrente invocaba en relación a anteriores declaraciones, derivada de que la menor, tratándose de un delito continuado, en el plenario describió o se refirió solo a dos hechos, mientras que ante la Policía, ante las tutoras o ante su compañera de habitación, llegó a referirse a cuatro, pero a uno de ellos, no se refirió el plenario (no se trata de que negara lo que antes afirmó, o corrigiera su versión, sino simplemente que no aludió al mismo), y de otro episodio, sí lo hizo, el suceso de Colera, pero no había sido objeto de acusación, por lo que el Tribunal le instó a que no se refiriera al mismo. Es por ello que la condena se produce solo por dos episodios de abusos, pero sin generar duda alguna sobre el hecho de que en varias ocasiones, la menor fue objeto de abusos por parte de su tío paterno, versión que mantuvo en todo momento.

En definitiva, también en este caso donde el recurrente se limita a reiterar sus argumentos de apelación, no procede sino ratificar la revisión realizada en la segunda instancia sobre las conclusiones alcanzadas por el tribunal de primera instancia, basadas en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose la tarea inductiva que ahora se cuestiona, a los parámetros de racionalidad y motivación exigibles, desarrollados en los apartados del 19 al 22 de la sentencia recurrida.

La menor declaró que la relación con su tío era como la de su padre y relató los hechos abusivos que sufrió en DIRECCION002, en casa de los abuelos paternos cuando tenía nueve años y en un camping DIRECCION005, durante unas vacaciones, cuando tenía once años; lo hace además con aporte detallado de la ubicación y de la secuencia del abuso; y en cuanto a los elementos de corroboración, se remite a los testimonios Belinda, María Inmaculada y Berta a quienes la perjudicada también les manifestó que había sido objeto de abusos por parte del tío Virgilio y éste reconoció que había estado en el camping de DIRECCION005 durante las vacaciones. Además del informe pericial forense. El Tribunal de apelación no aprecia contradicciones o divergencias en las distintas manifestaciones efectuadas por la perjudicada, de tal entidad que afecten a su credibilidad como testigo. Ni se aprecia que la perjudicada, en la denuncia o en las entrevistas mantenidas con las profesionales del centro, haya sostenido una versión de los hechos que resulte incompatible con lo manifestado en el acto del juicio oral.

El motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, se desestima.

QUINTO.- El tercer motivo lo formula por vulneración del principio *in dubio pro reo*.

1. Argumenta que el ámbito propio de este principio es el de la valoración de la prueba y por ello hace hincapié que en la causa había suficientes dudas para poder ser aplicado este principio siendo el más beneficioso para el acusado.



2. En relación con este principio el Tribunal Constitucional recuerda en la STC 16/2000 que, "a pesar de las relaciones entre el principio de presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo (...) y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos: el principio in dubio pro reo sólo entra en juego cuando exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida con cumplimiento de las correspondientes garantías procesales", es decir, implica la existencia de una prueba contradictoria que los Jueces, de acuerdo con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal valoran, y si como consecuencia de esa valoración se introduce un elemento de duda razonable y lógico respecto de la realidad de los hechos deben absolver.

Es decir, únicamente puede estimarse infringido el principio in dubio pro reo, cuando reconociendo el Tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia fáctica de alguno de los elementos integradores del tipo o sobre la participación del acusado, opta por la solución más perjudicial para el mismo, pero no cuando el Tribunal sentenciador no alberga duda alguna. Así, el principio in dubio pro reo señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS núm. 641/2021, de 15 de julio).

En autos, en ningún momento se expresa duda sobre lo acaecido, ni en los hechos declarados probados ni en los fundamentos jurídicos, ni contiene la sentencia expresión alguna que permita inducir que el Tribunal de instancia pese a mantener sus dudas, ha optado por interpretar o dar por probado un dato en perjuicio del acusado; y las dudas que el recurrente entiende que debió tener, es cuestión ajena a este principio.

El motivo se desestima.

SEXTO.- El último y cuarto motivo, sin especificar vía impugnativa alguna lo rubrica así: "en relación a que los hechos acaecidos por los dos acusados hayan sido enjuiciados en el mismo procedimiento ha perjudicado a Virgilio".

1. Argumenta que no hay conexión entre los dos hechos imputados, tampoco colaboración, cooperación entre los dos hechos enjuiciados y entre los dos acusados. Así como que al no ser individualizado, y celebrarse en dos juicios se ha vulnerado los derechos de mi representado, ya sea por economía procesal o por facilitar que la víctima declare en una sola sesión, no teniendo un juicio justo, máxime cuando la otra persona ha reconocido parte de los hechos ha viciado, afectado y condicionado al tribunal respecto a mi representante y, esta situación no individualizada se observa más cuando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona en referencia a la responsabilidad civil falló que el monto de la indemnización establecida era conjunta y solidaria aunque, si bien es cierto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ante el recurso de apelación interpuesto por esta parte, aplicó la citada indemnización de acuerdo al criterio de la gravedad objetiva de los hechos considerados en su conjunto, posibilitando un parámetro al establecer los diferentes grados de responsabilidad amparados en el artículo 116 del C.P.; no obstante, ambas acusados responderían solidariamente, creando esa dependencia entre uno y otro.

2. Como en los supuestos anteriores el recurrente reitera su argumentación en apelación, que ya tuvo su adecuada respuesta en el apartado 24 de la sentencia recurrida; donde se le indica que ya no es momento procesal oportuno para plantear una hipotética instrucción y enjuiciamiento separado, puesto que la queja se pudo plantear en un momento anterior al primer juicio, es decir, durante la instrucción de la causa; sin que además, medie en ningún momento indefensión por el enjuiciamiento conjunto, puesto que los hechos se describen y analizan con absoluta separación entre sí, sin involucrar a ningún acusado en los llevados a cabo por el otro

3. Por otra parte, como indican las acusaciones, no se puede olvidar que independientemente de los hechos cometidos por cada uno de ellos, los abusos se realizan por ambos recurrentes en un ámbito familiar común, al menos parcialmente en el mismo lugar, el domicilio de los abuelos que son los padres de los dos recurrentes, y que resulta normal que la menor, al exteriorizar el haber sido objeto de abusos en el ámbito familiar, relatara tanto los realizados por su padre, como por su tío y hermano del anterior; de modo, que en ese contexto, señala la resolución recurrida, razones de naturaleza victimológica avalan evitar a la víctima dos procedimientos por lo que pudo enjuiciarse en uno solo.

4. En cualquier caso, ante la carencia de cauce impugnativo, sólo puede otorgarse alguna respuesta a través de la indicación del concreto gravamen que tal enjuiciamiento conjunto le ha conllevado; y sólo ha especificado el pronunciamiento sobre responsabilidad civil, que ya ha sido reconducido en apelación.

El motivo se desestima

SÉPTIMO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de desestimación del recurso, se impondrán a la parte recurrente.



FALLO

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

1º) No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de Jose Pedro contra la sentencia núm. 354 dictada en el Rollo de Apelación núm. 81/2020 por la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 14 de diciembre de 2020 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 105/2020 dictada el 15 de abril de 2020 por la Audiencia Provincial de Girona, Sección Cuarta en el Rollo Sumario 3/2019.

2º) No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de Virgilio contra la sentencia núm. 354 dictada en el Rollo de Apelación núm. 81/2020 por la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 14 de diciembre de 2020 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 105/2020 dictada el 15 de abril de 2020 por la Audiencia Provincial de Girona, Sección Cuarta en el Rollo Sumario 3/2019.

3º) Condenamos a los anteriores recurrentes, al abono de las costas procesales originadas por sus respectivos recursos.

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.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Leopoldo Puente Segura