



Roj: **STS 209/2022 - ECLI:ES:TS:2022:209**

Id Cendoj: **28079120012022100067**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2022**

Nº de Recurso: **10492/2020**

Nº de Resolución: **3/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Vizcaya, Sección 1ª, 05-03-2020 (rec. 51/2019),
STSJ PV 354/2020,
STS 209/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 3/2022

Fecha de sentencia: 12/01/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10492/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/01/2022

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO SALA CIV/PE

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

Transcrito por: MGS

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

RECURSO CASACION (P) núm.: 10492/2020 P

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 3/2022

Excmos. Sres. y Excm. Sra.



D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 12 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 10492/2020, interpuesto por infracción de ley e infracción del precepto constitucional, por el penado **D. Justiniano**, representado por el procurador D. Antonio Ángel Sánchez-Jauregui Alcaide y bajo la dirección letrada de D. Luis Miguel Menica Landabas, contra la sentencia n.º 37/2020, de 13 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el Recurso de Apelación n.º 49/2020, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el acusado contra la Sentencia n.º 17/2020, de 5 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya que le condenó por tres delitos de agresión sexual y por delito de abuso sexual continuado, en el Rollo de Sala n.º 51/2019, dimanante del procedimiento Ordinario 144/2019 del Juzgado de Instrucción n.º 6 de DIRECCION000.

Es parte el Ministerio Fiscal y como partes recurridas: **D.^a Julieta**, representada por el procurador D. Víctor Pérez Casado, bajo la dirección letrada de D.^a M^a Estela Gallardo López y por **D.^a Marcelina**, representado por el procurador D. Víctor Pérez Casado y bajo la dirección letrada de D.^a Esther Vaquero Fernández.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 6 de DIRECCION000, incoó Procedimiento Ordinario con el número 144/2019, por sendos delitos de agresión sexual a menor de 16 años y por un delito de abuso sexual continuado a mayor de 16 años contra D. **Justiniano**, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya cuya Sección Primera dictó, en el Rollo de Sala n.º 51/2019, sentencia n.º 17/2020 de fecha 5 de marzo, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Se declara probado que D. Justiniano, natural de Paraguay, mayor de edad, nacido el NUM000 de 1974, con NIE NUM001, sin antecedentes penales y en situación legal en nuestro país, que es tío político de Doña Marcelina y de Doña Julieta al estar casado con Patricia, hermana de la madre de éstas (Pilar), cometió los siguientes hechos:

1)- En fechas no precisas pero, en todo caso, entre febrero y diciembre de 2018, el procesado, guiado por el ánimo de satisfacer sus instintos sexuales, entregó a su sobrina Doña Marcelina, de nacionalidad paraguaya, nacida el NUM002 de 2006, de entre 12 y 13 años de edad en el momento de los hechos, cantidades de dinero bastante superiores que las que daba a su hermano Carlos Manuel que era mayor que ella, con la excusa de que las chicas necesitaban más dinero que los chicos.

Aprovechando la relación de confianza que tenía con la menor, que le consideraba su tío preferido, así como la superioridad física que tenía respecto a ella, en una ocasión, en el marco de una barbacoa celebrada en un entorno campestre, con la excusa de estar jugando a darle vueltas a ella y a su hija menor de cuatro años, sin la presencia cercana de personas adultas, le realizó diversos tocamientos a Marcelina por encima de la ropa, en los pechos y en los muslos.

En, al menos, otras dos ocasiones encontrándose la menor en la casa del acusado, a la que acudía con asiduidad los fines de semana, dada la relación de confianza existente entre las familias de las dos hermanas antecitadas, estando a solas en una habitación, el acusado intentó, con movimientos inequívocos de uno de sus brazos, realizarle tocamientos, en los pechos y en los genitales, por encima de la ropa. No consta suficientemente acreditado que lograra su propósito, ya que la menor le apartó su brazo en todas las ocasiones.

A consecuencia de estos hechos, Doña Marcelina sufre un DIRECCION001 con ciertos elementos postraumáticos, con necesidad de psicoterapia, precisando como periodo de estabilización lesional 365 días, siendo 182 días de perjuicio personal particular y 183 de perjuicio personal básico y quedando, como secuelas, un incremento de la vulnerabilidad previa y ciertos cambios en la personalidad, principalmente dificultad a la hora de establecer relaciones interpersonales y actitud de desconfianza hacia el sexo masculino.

2)- Similares hechos los había realizado el procesado, con anterioridad, con su otra sobrina Doña Julieta, de nacionalidad paraguaya, nacida el NUM003 de 1997, entre mayo de 2014 y diciembre de 2015.



El acusado se aprovechó, conscientemente, de la relación familiar que tenía con Julieta , con la que tenía mucha confianza, así como de su superioridad física sobre ella, dada su edad y su diferente sexo y complejión.

Así, en tres ocasiones, con diferentes excusas, la citó para realizar diversos trabajos en la carnicería en la que ambos coincidían los sábados, sita en la CALLE000 de la localidad de DIRECCION000 , propiedad de Bibiana .

Concretamente, un sábado por la tarde, aprovechando que no había nadie más en el establecimiento, encontrándose en la trastienda, el encausado abrazó a Julieta y la hizo tocamientos, ella se apartó, llegó a la zona de atención al público e intentó salir al exterior, pero la puerta estaba cerrada con llave, el acusado empujó a Julieta a la trastienda y, guiado por la intención de atentar contra su libertad sexual, tras tirarla al suelo, y con el uso de fuerza, la penetró vaginalmente, al tiempo que le decía que no contara nada o él diría que había cogido dinero de la caja.

Quince días después, sábado, el procesado hizo acudir por la tarde a su sobrina Doña Julieta a la carnicería, con el pretexto de pagarle por el trabajo que ésta desempeñaba y, tras llevarle por la fuerza, la tiró nuevamente al suelo y la penetró vaginalmente.

Tres semanas después de este incidente, otro sábado, el procesado pidió ayuda a Julieta para guardar diversas compras en el almacén de la carnicería, y, una vez allí, le dijo que se pusiera un traje de colegiala que tenía allí, ella se negó, por lo que el acusado cogió el teléfono y le amenazó con que, si no lo hacía, llamaba a su madre, por lo que, ella presa del miedo, accedió a su propósito, consiguiendo, el acusado, penetrarle vaginalmente.

Como consecuencia de estos hechos Doña Julieta sufre DIRECCION001 , con necesidad de psicoterapia y tratamiento farmacológico, precisando como periodo de estabilización lesional 730 días, siendo 365 días de perjuicio personal particular y 365 de perjuicio personal básico y quedando, como secuelas permanentes, una transformación permanente de la personalidad, concretada en el desarrollo de rasgos rígidos y desadaptativos y una disfunción sexual y como secuelas temporales una sintomatología residual por traumática consistente en labilidad emocional, pensamientos intrusivos y recurrentes."

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

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado D. Justiniano de tres delitos de agresión sexual ya definidos, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a sendas penas de nueve años de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por los mismos periodos, así como tres penas de prohibición de aproximarse a la víctima, Julieta , domicilio, trabajo, o lugar en que se halle, a distancia inferior a 500 metros, y a comunicarse con ella por cualquier medio durante un periodo de 10 años.

Se le impone, además, la medida de libertad vigilada, con posterioridad a la pena de prisión, por un plazo de ocho años que incluirá el seguimiento de programa de educación sexual.

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado D. Justiniano del delito de abuso sexual continuado ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el mismo periodo, así como la pena de prohibición de aproximarse a la víctima, Marcelina , domicilio, trabajo, o lugar en que se halle, a distancia inferior a 500 metros, y a comunicarse con ella por cualquier medio durante un periodo de 7 años.

Se le impone, además, la medida de libertad vigilada, con posterioridad a la pena de prisión, por un plazo de seis años que incluirá el seguimiento de programa de educación sexual.

Indemnizará a Marcelina en 18.800 euros mas intereses del art. 576 LEC y a Julieta en 45.200 euros, más intereses legales.

Abonará las costas causadas en este procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Se mantiene la situación de prisión provisional del ya condenado, en fase de recursos, hasta el cumplimiento de la mitad de las penas de prisión impuestas."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Justiniano , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 13 de julio de 2020, en el Rollo de Apelación número 49/2020, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"DESESTIMAMOS el Recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Justiniano contra sentencia de fecha 5 de marzo de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia- Sección Primera en el Rollo penal ordinario 51/2019, por el delito de agresión sexual y abuso sexual continuado a menor de 16 años, que se confirma. Con imposición de costas al recurrente."



CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por el acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Se formula al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5º, número 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y se fundamenta en la vulneración por la Sentencia de instancia de los derechos fundamentales de mi representado a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, a que en ningún caso pueda producirse indefensión, y a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías recogidas en el artículo 24 de la Constitución Española.

Segundo.- Se formula por infracción de ley al amparo de lo preceptuado en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender que la Sentencia que se recurre ha infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas de igual carácter, en concreto por inaplicación subtipo agravado del artículo 183.3 d), en relación con la condena de Marcelina .

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 11 de enero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurrente, D. Justiniano , ha sido condenado en sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, como autor de tres delitos de agresión sexual, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a tres penas de nueve años de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por los mismos periodos, así como tres penas de prohibición de aproximarse a la víctima, Dª. Julieta , domicilio, trabajo, o lugar en que se halle, a distancia inferior a 500 metros, y a comunicarse con ella por cualquier medio durante un periodo de 10 años. Le ha sido impuesta, además, la medida de libertad vigilada, con posterioridad a la pena de prisión, por un plazo de ocho años que incluirá el seguimiento de programa de educación sexual.

Igualmente ha sido condenado como autor de un delito de abuso sexual continuado, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el mismo periodo, así como la pena de prohibición de aproximarse a la víctima, Dª. Marcelina , domicilio, trabajo, o lugar en que se halle, a distancia inferior a 500 metros, y a comunicarse con ella por cualquier medio durante un periodo de 7 años. Le ha sido impuesta, además, la medida de libertad vigilada, con posterioridad a la pena de prisión, por un plazo de seis años que incluirá el seguimiento de programa de educación sexual.

También ha sido condenado a indemnizar a Dª. Marcelina en 18.800 euros más intereses del art. 576 LEC y a Dª. Julieta en 45.200 euros, más intereses legales, así como a abonar las costas de la primera instancia, así como las costas de su recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, incluidas las de las Acusación Particular.

El recurso se dirige contra la sentencia núm. 37/2020, de 13 de julio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el Rollo de Apelación núm. 49/2020, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Justiniano contra la sentencia núm. 17/2020, de 5 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el Procedimiento Ordinario núm. 51/2019, dimanante del Sumario núm. 144/2019, instruido por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 6 de DIRECCION000 .

SEGUNDO.- Antes de entrar en el estudio del recurso, debemos recordar la naturaleza del recurso de casación en relación a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia.

Conforme señalan numerosas resoluciones de esta Sala (AATS núm. 662/2019, de 27 de junio, 674/2019, de 27 de junio, 655/2019, de 20 de junio, 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 previó 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, por más que eso, indirectamente, suponga traer a colación otra vez la sentencia inicial.

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. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo sin la más mínima alteración, es decir, sin atender a la argumentación del Tribunal Superior de Justicia que, en este caso, además, es especialmente, rigurosa, detallada y elaborada."

Desde esta perspectiva procede analizar los motivos del recurso que formula la representación de D. Justiniano .

TERCERO.- El primer motivo del recurso se formula al amparo del art. 852 LECrim y del art. 5.4 LOPJ, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE.

En desarrollo de este motivo reitera la queja ya deducida ante el Tribunal Superior de Justicia en el sentido de que, a su juicio, no existe prueba que justifique la autoría de los hechos delictivos por los que ha resultado condenado. Entiende que el Tribunal ha errado al realizar la valoración sobre la prueba practicada por interpretar en su perjuicio las dudas existentes en base a las declaraciones de la presunta víctima y del



acusado. Reprocha la validez y veracidad absoluta dada por la Sala a la declaración prestada por Julieta y la censura más absoluta respecto de lo declarado por él.

Cuestiona la existencia de violencia intimidativa, a tenor de la declaración prestada por Julieta. Señala que la sentencia no contiene una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo, tales como la edad de la víctima y de los agresores, y las circunstancias de lugar, tiempo y ambiente en que se produce el ataque a la libertad sexual.

Alega que sus declaraciones fueron claras, precisas y sin contradicciones, relatando que nunca tuvo relaciones sexuales con Julieta utilizando violencia o intimidación, y mucho menos con penetración vaginal.

Aduce que tenía mucha confianza con Julieta, que era conocedor de múltiples y variados aspectos de su vida privada que no conocía su madre, que mantenía relaciones sexuales por dinero, incluso con personas mayores y que todo esto no le convenía. Que tuvo disputas con ella por estos hechos; que incluso era sabedor de alguna enfermedad venérea por contagio sexual. Entiende que es una venganza hacia su persona por pensar que abusaba de su hermana pequeña. Julieta no quería que su círculo familiar supiese lo que él sabía. Se refiere también al testimonio prestado por D. Carlos Ramón, quien ratificó el contenido de las conversaciones de WhatsApp aportadas a la causa y admitidas como prueba documental. Entiende que tales conversaciones son coetáneas con los supuestos hechos denunciados y totalmente incompatibles con la veracidad de los mismos.

En base a ello entiende que no se cumple el primero de los requisitos que la doctrina clásica exige (triple filtro) para poder valorar la declaración de la víctima como testigo, la ausencia de incredibilidad subjetiva.

Estima igualmente que no existen corroboraciones periféricas que otorguen verosimilitud al testimonio de Julieta. Señala que al haberse denunciado los hechos cuatro años después de que sucediesen impide que las lesiones y la penetración vaginal puedan haber sido objeto de una prueba objetiva.

En relación al informe pericial de la Unidad de Valoración Forense Integral (UVIF), indica que no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical porque el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir el del Juez.

Igualmente encuentra divergencias y fallos en la declaración de Julieta, en relación a la contextualización de los ataques sufridos por parte de Arcadio.

En relación al delito de abuso sexual continuado respecto a Marcelina, señala que lo único que fue capaz de decir de forma espontánea y voluntaria, fueron intentos de presuntos tocamientos en zonas erógenas por parte de su tío Arcadio. Después se le formularon preguntas capciosas y sugestivas, entendiéndose que el interrogatorio a la menor no se realizó en la forma que previene el art. 709 LECrim. Indica también que de forma inexplicable, Marcelina volvió a declarar en el acto del juicio oral, con una versión divergente y contrapuesta a la mantenida inicialmente en la prueba preconstituida. Disiente también con que existan corroboraciones periféricas de su testimonio, afirmando que se trata únicamente de testigos de referencia. Igualmente se refiere a los informes emitidos por la UVFI que constituyen valoraciones médicas que vienen a coadyuvar los testimonios prestados, siendo el Tribunal quien, sin duda ex artículo 741, está en condiciones de valorar ese testimonio. Y las declaraciones de su madre y de Camilo, solamente vienen a corroborar la entrega a los menores de sumas pequeñas de dinero en concepto de paga.

Con ello, lo que el recurrente hace en casación es atacar de nuevo la valoración de la prueba practicada en la primera instancia, sin efectuar alegación alguna que desvirtúe los razonamientos contenidos en la sentencia de apelación, lo cual debería llevar ya a la desestimación del recurso.

1. Conforme venimos señalando en las sentencias núm. 635/2018, de 12 de diciembre; 470/2018, de 16 de octubre; y 77/2019, de 12 de febrero, entre otras, "la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme expone el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la



utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo. 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Fuera de esas comprobaciones, debe acabar la función casacional respecto a las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, tanto en relación a las sentencias dictadas en los procedimientos sometidos al Tribunal del Jurado, los cuales, como veíamos, están sometidos al doble examen o doble instancia, como con respecto a las sentencias dictadas bajo la cobertura de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, que ha establecido una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia. Y ello por cuanto que la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad ya ha sido realizada por el Tribunal de apelación.

Como indican, entre otras, las STSS 476/2017, de 26 de junio y 238/2018 de 22 mayo, 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, estableciendo 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."

2. Así las cosas, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ofrece contestación al recurrente sobre todas y cada una de las cuestiones que suscita. Ofrece explicación coherente y clara de lo ocurrido, que, además, viene amparada por el resultado de los medios probatorios practicados.

En efecto, el Tribunal de Apelación explica con detalle las razones que determinan la suficiencia de la prueba practicada ante el Tribunal de instancia así como la racionalidad de su valoración, particularmente en lo que se refiere a las declaraciones de las víctimas, declaraciones con respecto a las que la Audiencia no halló elemento alguno que permitiera el cuestionamiento de su credibilidad.

El Tribunal ha examinado las manifestaciones realizadas por las denunciadas las que considera reunieron elementos de credibilidad subjetiva y objetiva y de persistencia en la incriminación que las dotan de suficiencia para destruir la presunción de inocencia. Ello se realiza de forma coherente, valorando la ausencia de emotivos espurios, teniendo en cuenta que acusado y víctimas mantenían una buena relación. Él era la pareja de su tía, siendo muy querido y existiendo mucha relación entre las familias.



El Tribunal ofrece también puntual y racional contestación a la línea defensiva mantenida por la defensa. El que el acusado fuera conocedor de determinados aspectos de la vida de Julieta que no conocía su madre, aspectos tales como que mantenía relaciones sexuales por dinero, incluso con personas mayores y que había incluso llegado a contraer alguna enfermedad venérea por contagio sexual, no permite afirmar ánimo espurio alguno por parte de Julieta en la denuncia que efectuó. Junto a ello expone la credibilidad que le merece el contenido de los mensajes aportados por Carlos Ramón. Se trata de una selección de mensajes de WhatsApp al parecer mantenidos entre Carlos Ramón y Julieta, de los que se aporta una copia. Se expresa que han sido extraídos del teléfono de Carlos Ramón, pero el teléfono no ha sido puesto a disposición del Tribunal. En todo caso, en el sentido expuesto, explica el Tribunal que el contenido de tales mensajes no puede operar como detonante creíble de una denuncia falsa por estos hechos, ni menos aún comprometer la credibilidad de la testigo. Téngase en cuenta que la denuncia se produjo varios años después, cuando Julieta se enteró de lo que había sucedido con su hermana. En aquel momento Julieta vivía de forma independiente, en otra ciudad y sin relación con el acusado. Y como reflexiona el Tribunal, si aquellos datos no habían aflorado hasta la fecha, tras cuatro años desde los hechos, ningún sentido tendría iniciar un proceso en el que, precisamente, surge lo que la denunciante querría evitar: el conocimiento por parte de su madre de ciertos aspectos de su vida sexual e íntima.

Tampoco se observa animadversión o ánimo de venganza en relación a Marcelina quien explicó lo que le había sucedido con su tío a raíz de la intervención en el colegio de su tutor al haberle observado cortes en el brazo.

Frente a las consideraciones que efectúa el recurrente, el Tribunal ha examinado y contrastado el relato efectuado por las víctimas a lo largo de toda la tramitación de la causa el que considera sustancialmente mantenido, terminante, detallado, lógico, coherente, sin fallas ni modificaciones significativas.

También ha comprobado la existencia de corroboraciones periféricas.

En relación a Marcelina, ha contado con el testimonio de su tutor, Armando, quien de modo totalmente desinteresado, corrobora el modo en que surge la manifestación de Marcelina sobre estos hechos. También con la psicóloga D^a. Olga, que constata como facultativo un estado psicológico más que coherente con la naturaleza y etiología de los hechos. Los testimonios de su madre Pilar y su pareja Camilo corroboran que el acusado le daba dinero, bastante más que a su hermano mayor Carlos Manuel. También puso de manifiesto cómo Julieta no contó nada sobre lo que a ella le había ocurrido hasta que le informaron de lo que le había pasado a Marcelina. En base a ello, el Tribunal aprecia la imposibilidad, dada su espontaneidad, naturalidad e imprevisibilidad, de que se produjera cualquier tipo de simulación concertada entre las dos hermanas para denunciar hechos falsos. Y respecto a la pericial elaborada por la Unidad de Valoración Forense Integral, el Tribunal toma en consideración el cuadro psicológico reactivo detectado y constatado en la menor, que se haya en relación de compatibilidad médico legal con los hechos denunciados. Tal informe no ha suplido la valoración que corresponde efectivamente al Tribunal sino que le ha aportado un elemento más de corroboración del relato de la víctima.

Tampoco encuentra el Tribunal contradicciones esenciales entre lo declarado por Marcelina en la prueba preconstituida practicada ante el instructor y lo que después declaró en el Juicio Oral. En concreto se refiere a sí, en los sucesivos encuentros que tuvieron lugar tras los tocamientos que se produjeron durante una barbacoa celebrada en el campo, se llegaron a producir nuevos tocamientos o solo se intentaron, habiendo optado el Tribunal por la versión más beneficiosa para el acusado.

Por lo que se refiere al relato que efectúa Julieta el Tribunal también ha valorado determinadas corroboraciones. Nuevamente se refiere al informe emitido por la Unidad de Valoración Forense Integral, que no toma en consideración como pericial de credibilidad, sino como elemento corroborador en cuanto revelador de un grave daño psíquico como consecuencia de los hechos sufridos por Julieta. También destaca la declaración de su madre Pilar y de su pareja Camilo, los que confirman, como testigos directos, cómo tuvieron conocimiento del relato efectuado por Julieta, al comunicar a ésta lo que había sucedido con su hermana. Confirman también que Julieta trabajó durante un tiempo en la carnicería los sábados y que, en un momento determinado, no quería ir, indicándole Pilar que al haberse comprometido debía de ir. También relató, en consonancia con Julieta, que por aquella época, no tenían mala relación, pero no era una relación fluida y de confianza entre ellas.

Por último valora la prueba de descargo, declaración de su esposa Patricia, de su amiga Bibiana y de Carlos Ramón, testificales cuyo contenido expone y explica por qué a su juicio carecen de virtualidad exculpatoria.

Todo este material probatorio y valoración efectuada por la Audiencia son revisados por el Tribunal Superior de Justicia, el que confirma en todos sus extremos las conclusiones alcanzadas por la Audiencia, ofreciendo puntual contestación al recurrente sobre todas y cada una de las quejas que en idénticos términos reproduce nuevamente en casación.



De esta forma se evidencia que el órgano de apelación ha confirmado la sentencia de instancia, reafirmando la existencia de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditado que el acusado mantuvo relaciones sexuales in consentidas con Julieta, y efectuó diversos tocamientos a Marcelina en los términos que se reflejan en el apartado de hechos probados. Tales pruebas, además, han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal.

Más allá de lo ya expresado a lo largo de la exposición realizada, no procede realizar en este momento un nuevo análisis de la prueba que ha sido practicada, y que esta Sala no ha presenciado, con la finalidad de efectuar una nueva valoración de la misma que, como hemos dicho más arriba, no es procedente.

Conforme a lo expresado, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso se deduce al amparo del art. 849.1º LECrim, por aplicación indebida del art. 183.3 d) CP.

Alega que se ha vulnerado el principio "non bis in idem", puesto que la edad de la víctima sería doblemente valorada en perjuicio del reo; una para considerar que los hechos son constitutivos de un delito de abusos sexuales cometidos sobre menor de 16 años (art. 183 CP), la otra para agravar la penalidad por la vía del art. 183.3 d) (circunstancia también recogida en el art. 180.1.4ª CP).

Señala que el prevalimiento puede apoyarse en dos factores diferentes: una relación de superioridad o el parentesco. A su juicio, la relación de superioridad se basaría en la cercanía familiar, así como en su mayor edad y fuerza. Estas circunstancias obviamente no añaden ningún plus adicional a la superioridad derivada de la edad, que ya ha sido tomada en consideración. En todo caso sería valorable la aplicación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, que la propia Sala descarta. Aduce además que la relación tío sobrino por afinidad no está contemplada en la norma y no puede basar la agravación de parentesco.

Por ello considera que no puede hablarse de agravante de superioridad, debiendo castigarse únicamente el delito continuado de abusos sexuales cometido sobre menor de 16 años.

1. Conforme reiterada Jurisprudencia de esta Sala, la agravación contenida con idéntica redacción en los arts. 183.3 d) y 180.1.4ª CP resulta de aplicación en los casos en que el sujeto activo se aprovecha dolosamente en una situación de superioridad con respecto a la víctima. Dicha superioridad ha de ser notoria y eficaz, esto es objetivamente apreciable y no solo subjetivamente percibida por una de las partes, así como suficiente para restringir de modo relevante la capacidad de la víctima para decidir libremente. Basta con la existencia de una situación de superioridad o ventaja del sujeto activo de la que se aprovecha. La Jurisprudencia ha considerado la existencia de esa superioridad en casos de escaso coeficiente intelectual de la víctima (STS núm. 456/2000, de 21 de marzo). Asimismo cuando el profesor se aprovecha de su situación sobre el alumno, tratándose el acusado de un profesor maduro que se aprovechaba de su condición docente y de la temprana edad de su discípulo, de quince años, para abusar sexualmente del mismo, coartando con su autoridad la libertad del menor, con lo que se produjo un consentimiento viciado por el abuso de superioridad (STS núm. 223/2000, de 21 de febrero); o cuando existe una situación equiparable a la familiar. También la jurisprudencia incluye en el tipo penal casos de desproporción entre la edad del sujeto activo y la víctima, aunque el dato cronológico no puede operar de forma automática sino solo en la medida en que contribuya efectivamente a colocar a una persona en una de situación de desequilibrio respecto de otra, en lo que se refiere a la capacidad de autodeterminarse sobre el uso del propio cuerpo en relaciones de contenido sexual (STS núm. 379/2002, de 6 de marzo). Se aprecia prevalimiento cuando, además de la diferencia de edad, la víctima presenta un defecto de madurez o de la capacidad para determinar con plena libertad el uso del propio cuerpo en la concreta relación sexual y dicha circunstancia es conocida y aprovechada por el mayor de edad para obtener el consentimiento del menor a la relación sexual.

Señalábamos en las sentencias de esta Sala 512/2013, de 13 de junio, con referencia a la sentencia 1287/2003, de 10 de octubre, que "El abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo." (STS de 10 de octubre de 2003) (ATS 14-5-10)".



En el marco de este delito, coartar equivale a obstaculizar o limitar de manera relevante el uso por un sujeto de su capacidad para autodeterminarse, en un marco de relaciones que tienen por objeto alguna forma de ejercicio de la sexualidad (STS núm. 781/2004, de 23 de junio).

2. En nuestro caso, el hecho probado del que debemos partir en atención al motivo invocado, describe que "D. Justiniano , natural de Paraguay, mayor de edad, nacido el NUM000 de 1974, (...) que es tío político de Doña Marcelina y de Doña Julieta al estar casado con Patricia , hermana de la madre de éstas (Pilar), cometió los siguientes hechos :

1) En fechas no precisas pero, en todo caso, entre febrero y diciembre de 2018, el procesado, guiado por el ánimo de satisfacer sus instintos sexuales, entregó a su sobrina Doña Marcelina , de nacionalidad paraguaya, nacida el NUM002 de 2006, de entre 12 y 13 años de edad en el momento de los hechos ,cantidades de dinero bastante superiores que las que daba a su hermano Carlos Manuel que era mayor que ella, con la excusa de que las chicas necesitaban más dinero que los chicos.

Aprovechando la relación de confianza que tenía con la menor, que le consideraba su tío preferido , así como la superioridad física que tenía respecto a ella, en una ocasión, en el marco de una barbacoa celebrada en un entorno campestre, con la excusa de estar jugando a darle vueltas a ella y a su hija menor de cuatro años, sin la presencia cercana de personas adultas, le realizó diversos tocamientos a Marcelina por encima de la ropa, en los pechos y en los muslos.

En, al menos, otras dos ocasiones encontrándose la menor en la casa del acusado , a la que acudía con asiduidad los fines de semana, dada la relación de confianza existente entre las familias de las dos hermanas antecitadas, estando a solas en una habitación, el acusado intentó ,con movimientos inequívocos de uno de sus brazos, realizarle tocamientos en los pechos y en los genitales, por encima de la ropa. (...)

2) Similares hechos los había realizado el procesado, con anterioridad, con su otra sobrina Doña Julieta , de nacionalidad paraguaya, nacida el NUM003 de 1997 , entre mayo de 2014 y diciembre de 2015.

El acusado se aprovechó, conscientemente, de la relación familiar que tenía con Julieta , con la que tenía mucha confianza, así como de su superioridad física sobre ella, dada su edad y su diferente sexo y compleción. (...)"

A continuación, en la fundamentación jurídica fundamenta el Tribunal la aplicación en ambos casos de la agravación porque "el acusado tenía unas relaciones con sus sobrinas presididas por una intensa relación de confianza y familiaridad, era el tío preferido de Marcelina y con Julieta la relación era como de padre a hija. Si a esto se une la evidente relación de superioridad, derivada de su mayor edad, sexo y fuerza, de las que él se aprovecha, conscientemente, para desplegar los hechos, de modo, incluso, violento y amenazador, en el caso de Julieta , es evidente que tal relación ha operado adicionalmente como elemento facilitador del hecho y que merece la agravación por su mayor desvalor de acción."

De ello se infiere que efectivamente la agravación no deriva del parentesco, sino del prevalimiento que supone una relación de superioridad que proviene, no de la edad de las víctimas, sino de la diferencia de edad entre agresor (44 años en el ataque a Marcelina y 40-41 en el ataque a Julieta) y víctimas (12 a 13 Marcelina y 17 a 18 años Julieta), y de la especial relación de afecto y confianza entre las víctimas y su agresor, que es aprovechada por éste para cometer el hecho.

Todo ello evidencia una asimetría entre las posiciones de acusado y víctimas, que las colocaba en clara situación de inferioridad.

El motivo, por ello, no puede prosperar.

QUINTO.- La desestimación del recurso formulado por D. Justiniano conlleva a la imposición al mismo de las costas de su recurso. Todo ello de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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

1) **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **D. Justiniano** , contra sentencia n.º 37/2020 de 13 de julio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el Rollo de Apelación n.º 49/2020 en la causa seguida por delito de agresión sexual y abuso sexual continuado.

2) **Imponer** a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.



3) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ