



Roj: **STS 3555/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3555**

Id Cendoj: **28079120012023100634**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2023**

Nº de Recurso: **5833/2021**

Nº de Resolución: **636/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 636/2023

Fecha de sentencia: 20/07/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5833/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/07/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala Civil y Penal TSJ de Canarias

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

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5833/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 636/2023

Excmos. Sres. y Excma. 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 20 de julio de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **encausado DON Jose Luis**, frente a la Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación núm. 53/2021) formulado frente a la Sentencia de 5 de marzo de 2021 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictada en el Rollo Sumario 70/19 dimanante del Sumario núm. 3658/17 del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria, seguido por delito de abuso sexual contra DON Jose Luis. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación, bajo la presidencia y ponencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, el encausado recurrente Don Jose Luis representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Bárbara Modrego Casado y defendido por el Letrado Don Florentino Cerezo García, y como recurridos las acusaciones particulares: Doña Delfina representada por el Procurador Don José Luis García Guardia y defendida por la Letrada Doña Cristina Parodi García, Doña Emilia y Don Jesus Miguel representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Rufo Chocambo y defendidos por el Letrado Don Víctor Blázquez García de la Serna, y Doña Fermina representada por el Procurador de los Tribunales Don Francisco de Asís Moreno Ponce y defendida por el Letrado Don Miguel Ángel Vizcaíno Galán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria instruyó Sumario núm. 3658/17 por delito de abuso sexual contra **DON Jose Luis**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria que con fecha 5 de marzo de 2021 dictó sentencia cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

"Primero: Probado y así se declara que el procesado Jose Luis, mayor de edad y con antecedentes penales por delito contra la seguridad vial, susceptibles de cancelación, nacido el NUM000 -53, quien con el propósito de obtener satisfacción de sus lúbricos instintos ha venido desarrollando las conductas que a continuación se describen con tres de sus nietas y dos de sus nietos aprovechando su condición de abuelo y el lógico y consiguiente respeto y cariño que le es debido por sus descendientes:

A) En época no determinada con exactitud, el acusado comenzó a realizar numerosos tocamientos a su nieta Lidia (nacida el NUM001 -07) con la finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso, lo hizo en diferentes lugares y siempre tocando a la menor en sus partes íntimas. Así, en una ocasión, encontrándose la menor de visita en el domicilio donde residen sus abuelos, sito en el número NUM002 de la CALLE000 de esta ciudad, durante al menos el año 2016 y 2017, introdujo varias ocasiones, su mano en el interior de la ropa de la menor, acariciando su zona genital. El acusado, conocido familiarmente como " Botines ", le pedía a la menor que se acostara en el sillón y se tapara con la sábana, para a continuación proceder a efectuado tocamientos en sus partes íntimas, todo ello en presencia de la abuela, llamada familiarmente " Muñeca ". Similares episodios tuvieron lugar en el dormitorio de los abuelos cuando la menor dormía en medio de los dos, aprovechando el acusado estas circunstancias para meterle le mano por debajo de la ropa y tocar sus partes íntimas.

Los referidos tocamientos tuvieron lugar por última vez con motivo del alquiler de un apartamento en el sur de esta isla cuando el acusado se encontraba junto a la menor en el interior de una piscina le dijo a su nieta que le tocara en sus partes íntimas, cogiendo la mano de la menor y colocándose la el acusado en sus partes íntimas, todo ello con la facilidad de satisfacer sus instintos sexuales.

En todas las situaciones descritas, con la intención de convencer a la menor y satisfacer sus instintos más bajos, el procesado le decía que los tocamientos en sus partes íntimas eran normales y que ella era su nieta favorita, recriminándole que ya no lo era si la menor no accedía a los tocamientos impúdicos.

B) El acusado con idéntico propósito de satisfacer su libido, a su nieto Felix (nacido el NUM003 -09), cuando este contaba la edad de 6 años aproximadamente, encontrándose ambos en el salón del domicilio del acusado, se aproximó al menor -que estaba sentado- y colocando su mano en la zona genital de este -por fuera de la ropa-, le propuso de manera insinuante dirigirse ambos al dormitorio que compartía con su esposa, proposición ésta a la que el menor se negó, cesando el acusado su tocamiento en dicho momento. En otras ocasiones, el menor vio como su abuelo se llevaba a la habitación a su hermana Lidia .

C) Durante el año 2014 y hasta 2017, con el propósito de satisfacer sus instintos libidinosos, aprovechando la presencia en el citado domicilio familiar de su nieta Adelaida, nacida el NUM004 -02, quien se había trasladado - desde Argentina- ese mismo año junto con sus padres y hermano al domicilio del acusado, lugar que constituía su morada, la convenció en numerosas ocasiones para que se acostara a dormir la siesta junto



a él, en el sillón del salón, tocándola por su zona genital y pectoral, acciones estas que repetía en ocasiones cuando se desplazaban a bordo del vehículo particular del acusado.

El acusado en un episodio acaecido durante el año 2017, en la piscina de U17 complejo de apartamentos del sur de esta isla, colocó su pene en la zona de los glúteos de la menor sin que conste que iniciara acto alguno de introducción del mismo en el orificio anal.

D) Con idénticos fines lúbricos, el acusado, durante el mes de mayo de 2017, aprovechando la ausencia por motivos de un viaje de la madre de su nieta Juliana, nacida el NUM005-02, y cuando se encontraban ambos en la cama de su dormitorio, en horario nocturno, la sometió a tocamientos en la zona de la ingle, no llegando a alcanzar su zona genital, toda vez que la menor giró su cuerpo, procediendo el acusado en ese momento a tocar la zona de los glúteos, cesando en su acción al intervenir la esposa del acusado, que también estaba acostada en la misma cama.

E) Con renovados ánimos de satisfacción de su libido, el acusado en fechas no determinadas, pero en todo caso durante el año 2017 y en un número no determinado, pero cuando menos dos veces, condujo a su nieto Nemesio, nacido el NUM006-12, al interior del baño del domicilio del mismo, y le introdujo uno o varios dedos en el orificio anal.

De igual modo y con idéntico propósito, en al menos una de las ocasiones, convenció al menor Nemesio para que le practicara una felación, accediendo el menor, dada su inocencia y el respeto y cariño que la figura de su abuelo suponían, a la citada petición.

Segundo: Como consecuencia de tales abusos, Lidia sufre alucinaciones, toma medicaciones muy fuertes y ve que el procesado la persigue.

El menor Nemesio asiste al psicólogo.

La menor Juliana, a partir de la denuncia, tuvo muchos cambios, pues no comía bien, no dormía bien, dormía poco, se distanciaba de su madre, lloraba mucho, buscaba fotos de su tía Fermina porque siempre ha estado muy unida a ella, tenía muchos problemas de estómago.

Adelaida que siempre fue una niña muy alegre, como consecuencia de los hechos tiene muchísimas ansiedades, está mal, toma pastillas porque tiene parálisis del sueño, tuvo que irse del instituto porque se puso a llorar. Llegó a autolesionarse. Bajó su rendimiento escolar suspendiendo asignaturas, lloraba por todo y estaba muy arisca. Tanto la menor, como su madre Emilia continúan yendo a terapia, estando en tratamiento psicológico".

La Audiencia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos condenar y condenamos al procesado Jose Luis como autor de cinco delitos de abusos sexuales, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad alguna, a siguientes penas:

- Como autor responsable de un delito de abusos sexuales con prevalimiento continuados a su nieta Lidia, a las penas de SEIS AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Como autor responsable de un delito de abusos sexuales con prevalimiento a su nieto Felix, a las penas de CINCO AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Como autor responsable de un delito de abusos sexuales con prevalimiento continuados a su nieta Adelaida, a las penas de SEIS AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Como autor responsable de un delito de abusos sexuales con prevalimiento a su nieta Juliana, a las penas de CINCO AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Como autor responsable de un delito de abusos sexuales con penetración y prevalimiento continuados a su nieto Nemesio, a las penas de DOCE AÑOS DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y abono de costas, incluidas las de la acusación particular.

Igualmente le condenamos por los delitos cometidos contra sus nietos Lidia, Felix, Adelaida y Juliana, a la medida de 10 AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, consistente en 1- la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros o comunicar en cualquier forma con los menores citados y 2- la sumisión a programa de educación



sexual y la medida de 10 AÑOS DE PROHIBICIÓN DEL DESEMPEÑO DE CUALQUIER PROFESIÓN u oficio que suponga contacto directo con menores de edad.

Y le condenamos como autor del delito cometido contra su nieto Nemesio , a la medida de 10 AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, consistente en 1-la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros o comunicar en cualquier forma con Nemesio y 2- la sumisión a programa de educación sexual y la medida de 15 AÑOS DE PROHIBICIÓN DEL DESEMPEÑO DE CUALQUIER PROFESIÓN u oficio que suponga contacto directo con menores de edad.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar en las siguientes cantidades:

A Lidia , en la cantidad de 20.000 euros.

A Felix , en la cantidad de 10.000 euros.

A Adelaida , en la cantidad de 20.000 euros

A Juliana , en la cantidad de 3.000 euros y

A Nemesio , en la cantidad de 40.000 euros

Todas estas cantidades devengarán el interés legal incrementado en dos puntos, conforme a lo dispuesto en el art. 576.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que le imponemos, le abonamos el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa.

Contra la presente resolución conforme al art. 846 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el plazo de diez días a partir de su notificación, por medio de escrito que se presentará en este tribunal.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución se formuló **recurso de apelación** (Rollo de apelación 53/2021) que fue resuelto por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias por Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2021, que respecto a los **HECHOS PROBADOS** dice: "Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida".

El **Fallo** de mencionada sentencia es el siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Jose Luis , contra la sentencia de fecha 5 de marzo de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el rollo de Procedimiento Sumario nº 70/2019, resolución que confirmamos en su integridad. No se efectúa imposición de las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme, pudiendo anunciarse recurso de casación en el plazo de cinco días ante esta Sala, el cual habrá de formalizarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del encausado **DON Jose Luis** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del encausado DON Jose Luis , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo único.- Por vulneración de precepto constitucional.- Según el art. 5.4 de la ley Orgánica del Poder Judicial: "En todos los casos en que según la Ley proceda Recurso de Casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional".

QUINTO.- Son **recurridos** en la presente causa:

DOÑA Delfina , que impugna el recurso por escrito de fecha 24 de febrero de 2022.

DOÑA Fermina , que se opone al recurso por escrito de fecha 21 de febrero de 2022.

DOÑA Amalia y DON Jesus Miguel , que impugnan el recurso por escrito de fecha 21 de febrero de 2022.



SEXTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, y solicita la INADMISIÓN del recurso y, de no estimarse así, subsidiariamente lo IMPUGNA y solicita su desestimación, por los motivos expuestos en su informe de fecha 24 de marzo de 2022; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- En el trámite correspondiente las partes se pronunciaron sobre la aplicabilidad de la LO 10/2022, de 6 de septiembre al presente recurso.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 26 de mayo de 2023 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 4 de julio de 2023; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de fecha 16 de septiembre de 2021, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, desestimó el recurso de apelación formulado por la defensa, frente a la sentencia de fecha 5 de marzo de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que condenó a Jose Luis como autor penalmente responsable de: a) un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años con prevalimiento en la persona de su nieta Lidia , previsto y penado en el art. 183.1 y 4 d) del Código Penal, en redacción introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con el art. 74.1 del mismo texto legal, imponiéndole las penas de seis años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; b) un delito de abuso sexual a menor de 16 años con prevalimiento en la persona de su nieto Felix , previsto y penado en el art. 183.1 y 4 d) del Código Penal, en redacción introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo, imponiéndole las penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; c) un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años con prevalimiento en la persona de su descendiente Fulgencio , previsto y penado en el art. 183.1 y 4 d) del Código Penal, en redacción introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con el art. 74.1 del mismo texto legal, imponiéndole las penas de seis años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; d) un delito de abuso sexual a menor de 16 años con prevalimiento en la persona de su nieta Juliana , previsto y penado en el art. 183.1 y 4 d) del Código Penal, en redacción introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo, imponiéndole las penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y e) un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años con penetración y prevalimiento en la persona de su nieto Nemesio , previsto y penado en el art. 183.1 y 4 d) del Código Penal, en redacción introducida por LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con el art. 74.1 del mismo texto legal, imponiéndole las penas de doce años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

También se le imponen las medidas de libertad vigilada, indemnizaciones y costas en los términos expresados en el fallo de la sentencia recurrida.

Frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación el referido acusado, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO .- Formaliza la defensa del procesado un motivo único, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y correlativo art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE.

En la exposición del motivo, el recurrente tras reseñar diversa jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia, en relación con el caso concreto, se queja de que la prueba practicada no acredita la culpabilidad de recurrente, sin alegar razones concretas de su discrepancia frente al fallo decretado en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, siendo doctrina muy reiterada por esta Sala Casacional que "la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. 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" (STS 405/2018, de 18 septiembre, ó 304/2019, de 11 junio).

TERCERO .- Reproducimos algunos pasajes de la sentencia recurrida, en donde el Tribunal de apelación, con reconocida maestría, contesta a las parcas alegaciones del recurrente, que aquí, por cierto, son aún más



escuetas, para conformar la desestimación de idéntico motivo impugnatorio basado en la vulneración de la presunción de inocencia, cuando la prueba, en este caso, es apabullante, siendo así que los cinco nietos del acusado han desgranado un discurso lineal, en donde el propio *modus operandi* se repite sin solución de continuidad, tachado de elementos fácticos que son objeto de corroboraciones, no solamente externas y objetivas, sino adornadas, en este caso, de la imputación recíproca del actuar de su abuelo, con situaciones contrarias a la indemnidad sexual de los menores que son repetidas continuamente en la perpetración delictiva llevada a cabo por el recurrente, por más que trate de negar lo que no es sino una aplastante evidencia.

Ni siquiera, como bien dice el fallo recurrido, puede entenderse como contradicción lo que no es más que la confusión acerca de cuál pudiera ser el lugar donde aconteció el último episodio de abuso sufrido por Lidia, si en el salón de la casa de sus abuelos, a cuya vivienda acudían ella y su hermano Felix con frecuencia, o en la piscina de los apartamentos del sur de la isla (Gran Canaria) en los que habían estado también con los abuelos y otros familiares; tampoco resulta relevante que la menor Lidia dijera que cuando los hechos ocurrían en casa del acusado sólo estaba su abuela (así era cuando ocurrían los tocamientos en el dormitorio), pues en similares términos declaró también Felix ante la policía, al manifestar que no se quedaba solo con su abuelo porque siempre ha estado la abuela en casa.

En el caso de la declaración de Felix, se han analizado sus declaraciones directamente procedentes de la prueba preconstituida, asistido el menor de dos psicólogas del Instituto de Medicina Legal y con asistencia del investigado, de la Letrada de la defensa, de las acusaciones particulares personadas y del Ministerio Fiscal, además del Instructor de la causa, siendo así que el niño fue claro en sus afirmaciones, narrando con todo detalle lo ocurrido con su abuelo, al que llamaba "Botines" (que era como llamaban los niños a su abuelo), y a continuación, señaló, que "intentó acercarse a él diciéndole si quería ir a la habitación, pero él le decía que no, que quería seguir viendo la televisión"... su abuelo intentó tocarle cuando le dijo que si quería ir a la habitación y le puso la mano en su zona genital", ofreciendo detalles de todo ello el referido menor.

Las declaraciones de las menores en la época de los hechos Adelaida y Juliana y las de la aún menor de edad Lidia, son claras, firmes y coherentes y las tres relatan situaciones de abusos similares por parte de su abuelo, tanto si dormían en la misma cama que él y su abuela, como si se sentaban con él en el sofá del salón y se tapaban con una sábana, como cuando coincidían con él en la piscina o en el vehículo particular de su abuelo; cada una describe los concretos actos de tocamientos y abusos de que fue objeto. Sus declaraciones vienen corroboradas por lo manifestado por sus madres, Emilia y Socorro, respectivamente, que expusieron los cambios de carácter experimentados por sus hijas, su bajo rendimiento escolar, y su llanto continuo, sintomatología ésta percibida por las madres de estas menores y también por la madre del menor Felix, la testigo Fermina, y que viene avalada por lo declarado por las peritos psicólogas del Centro de Orientación Familiar que siguen tratando a los menores, y que elaboraron los informes psicoterapéuticos unidos a las actuaciones (folios 397, 406 y 465) y en los cuales se ratificaron las peritos.

La declaración de Nemesio es considerada verosímil por la Sala sentenciadora. En la prueba preconstituida, el niño, de 6 años en ese momento, declara que "ha tenido un problema con Botines, con su abuelo... que le metió los dedos en el culo y le dijo que le chupara la cuca y estaba peluda... que fue en el baño de la casa de Muñeca y no había más personas en el baño, fue al baño porque su abuelo le dijo que entrara... no le gustó lo que le hizo... él le decía que no lo contara porque era un secreto, pero en casa se lo dijo a su mamá... que fueron varias veces". Las declaraciones del menor vienen corroboradas por las declaraciones de la madre del niño, la testigo Delfina, que manifestó que el niño, al contarle los hechos, describió un acto similar al de la felación y le dijo que eso, la descripción de lamer, como de comer un polo, se lo había hecho a Botines (su abuelo), y también le dijo que lo que más asco le daba era su cuca peluda, así como que antes de contar nada el pequeño le dijo que llamara a Botines para que dijera si lo podía contar, lo que concuerda con lo declarado por el niño de que el acusado le decía que no contara nada porque era un secreto.

Se refuerza entre sí y con la prueba pericial de las peritos del COF que comparecieron al juicio oral; además, toda esta variada prueba no queda desvirtuada por la negación de los hechos que hace el acusado, plenamente legítima por supuesto, ni se ha visto contradicha por las declaraciones, ciertamente importantes, que pudiera haber hecho en el plenario la testigo de la defensa, D^a Carmela, esposa del recurrente y abuela materna de las víctimas, quien, sin embargo, advertida de la dispensa de declarar que le confiere el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se acogió a la misma, manifestó que no quería declarar y se marchó de la sala.

En suma, para la desestimación del motivo estimamos suficiente con la remisión a la fundamentación de la sentencia de apelación, la cual deja sin contenido la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, ya que la sentencia patentiza que el Tribunal ha revisado exhaustivamente la sentencia de instancia, constatando que la misma se dictó sustentada en bastante prueba de cargo obtenida válidamente con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción e igualdad de armas, propios del juicio oral.



En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO .- Con respecto a la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, hemos de llevar a cabo una comparación entre las penas impuestas en la instancia. Como esta cuestión no es abordada por la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, nos referimos a la argumentación de la Sentencia de primer grado, que fue la pronunciada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en su FJ 9º, que razonó del siguiente modo, para acoger, en todo caso, las penas en concreto solicitadas por el Ministerio Fiscal.

Así:

- Por los delitos cometidos contra sus nietas Lidia y Adelaida de abusos sexuales (183.1) continuados (74.1) a menores de 16 años con prevalimiento (183.4.d), dado que la pena base que le corresponde -2 años a 6 años- debe ser aplicada en su mitad superior por prevalerse de la situación de superioridad -entre 4 años y un día a 6 años-, y a su vez, dada la continuidad delictiva apreciada, procede imponer la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, estimándose proporcionado y ajustado a derecho imponerle por cada uno de los delitos continuados la pena interesada por el Ministerio Fiscal de 6 años de prisión.

- Por los delitos cometidos contra su nieto Nemesio de abusos sexuales (183.1) continuados (74.1) a menores de 16 años con prevalimiento (183.4.d) y penetración (183.3) dado que la pena base que le corresponde -8 años a 12 años- debe ser aplicada en su mitad superior por prevalerse de la situación de superioridad -entre 10 años y un día a 12 años-, y a su vez, dada la continuidad delictiva apreciada, procede imponer la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, estimándose proporcionado y ajustado a derecho imponerle por cada uno de los delitos continuados la pena interesada por el Ministerio Fiscal y acusación particular de 12 años de prisión.

- Por los delitos cometidos por el procesado sobre sus nietos Felix y Juliana de abusos sexuales (183.1) a menores de 16 años con prevalimiento (183.4.d), dado que la pena base que le corresponde -2 años a 6 años- debe ser aplicada en su mitad superior por prevalerse de la situación de superioridad -entre 4 años y un día a 6 años -, estimándose proporcionado y ajustado a derecho imponerle por cada uno de los delitos, la pena interesada por el Ministerio Fiscal de 5 años de prisión.

Es decir, las penas se han puesto prácticamente en su máxima extensión, pero sin considerar aplicable la Sala sentenciadora de instancia la elevación de un grado de la pena, como consecuencia de la posible subida hasta la mitad inferior de la superior en grado, que permite el art. 74 del Código Penal.

Así las cosas, con respecto a los cuatro delitos de abuso sexual sin penetración, parte la Audiencia de una penalidad base de 2 a 6 años de prisión.

En la nueva regulación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, habría que aplicar el art. 181 del Código Penal, en tanto dispone, en su apartado 1, que el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años.

Luego, la misma pena.

Podría valorarse la aplicación de alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, pero dicha pena conlleva prisión de cinco a diez años, como básica, luego no es más favorable, ya que el Tribunal sentenciador expresó su voluntad de exceder del grado mínimo.

Tampoco sería posible la concurrencia del subtipo atenuado que permite una rebaja de pena en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, porque no hay circunstancia alguna en el escenario de consanguinidad en donde se ha cometido el delito para su aplicación, impidiéndolo, por otro lado, la concurrencia de la circunstancia e) del artículo 181.4 del Código Penal.

De modo que, no siendo la pena más favorable para el reo, no puede ser aplicada dicha ley, sin perjuicio en todo caso de llevar, además, aparejada las sanciones accesorias dispuestas en el art. 192 del Código Penal, lo que impide aún más, si cabe, tal petición de rebaja de penalidad, que no procede.

Lo propio hay que señalar con respecto al delito que tiene como víctima a su también nieto Nemesio , siendo los preceptos aplicables los correspondientes al nuevo delito de agresión sexual con penetración, que se sancionan con la LO 10/2023, de acuerdo con el art. 181.3 con la pena de prisión de seis a doce años de prisión en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de diez a quince años en los casos del apartado 2.

Tomando, pues, como referencia más favorable al reo los correspondientes al apartado 1, su franja punitiva discurre en los 6 a los 12 años de prisión, que es inferior a la pena contemplada por la Audiencia, que lo fue



entre 8 y 12 años. Ahora bien, teniendo en cuenta que se debe aplicar la agravación específica definida en el art. 181.4, en su apartado e), que obliga a imponer la pena en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias allí acuñadas, entre la que se encuentra la señalada por el legislador, cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima (letra e), como indiscutiblemente concurre en el caso de autos, y a partir de ahí, otra mitad superior por la continuidad delictiva, que podría llegar hasta la mitad inferior de la superior en grado, esto es, hasta 15 años de prisión, al individualizarse en 12 años por parte de la sentencia recurrida, que en este punto ratifica la de primera instancia, no es más favorable la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, razón por la cual las penas no pueden ser modificadas en favor del ahora recurrente.

QUINTO .- Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a las partes recurrentes (art. 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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **encausado DON Jose Luis** frente a la Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

2º.- CONDENAR al recurrente al pago de las costas procesales causadas en la presente instancia casacional.

3º.- COMUNICAR la presente resolución al Tribunal Superior de Justicia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.