



Roj: **STS 101/2024 - ECLI:ES:TS:2024:101**

Id Cendoj: **28079120012024100015**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2024**

Nº de Recurso: **6636/2021**

Nº de Resolución: **3/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 3/2024

Fecha de sentencia: 10/01/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6636/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/01/2024

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

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: AGA

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

RECURSO CASACION núm.: 6636/2021

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 3/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián



En Madrid, a 10 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 6636/2021, interpuesto por **D. Juan Enrique**, representado por la procuradora D^a. M^a De Los Ángeles Sánchez Fernández, bajo la dirección letrada de D^a. Alba Font Merino, contra la sentencia nº 245/2021 de 7 de octubre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sección de Apelación Penal, en el Rollo de Apelación nº 140/2021, dimanante del Procedimiento Sumario 1060/2018, de la Sección nº 3 de la Audiencia Provincial de Córdoba, por delito continuado de abuso sexual sobre menor.

Interviene el **MINISTERIO FISCAL**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Córdoba, incoó Sumario nº 2/2018, por delito continuado de abuso sexual sobre menor, contra; Juan Enrique, una vez concluso lo remitió a la Sección nº 3 de la Audiencia Provincial de Córdoba, para su enjuiciamiento en el Procedimiento Sumario Ordinario nº. 1060/2018, quien dictó Sentencia nº 58/2021, de fecha 15 de febrero de 2021, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" Juan Enrique convivió durante trece años en la vivienda, sita en la AVENIDA000, NUM000, con su pareja sentimental, Agustina y la hija de ésta, Amanda, nacida el NUM001 de 2004, con los que asimismo residía otro hijo, también menor de edad, de la pareja.

A partir del año 2012, cuando Amanda tenía ocho años, sufrió por parte de Juan Enrique tocamientos en distintas partes del cuerpo, como pecho, genitales, más intentos de felación, penetración y cunnilingus, aprovechando que la madre de la menor no estaba en el domicilio, ya que trabajaba de noche.

En unas ocasiones Juan Enrique se dirigía al dormitorio de la menor y, aprovechando que ésta se encontraba durmiendo, se introducía en su cama y le hacía cosquillas en la espalda y cuello para después pasar a tocarle los pechos y demás partes del cuerpo, hasta intentar penetrarla, desistiendo de ello sin conseguir su propósito.

En otras oportunidades dichas conductas del acusado hacia la menor tenían lugar en el dormitorio de la pareja, en cuya cama dormían el acusado y los dos menores, pese a que tenían las suyas en otra habitación.

También durante este tiempo trató Juan Enrique de que Amanda le realizara una felación, que no llegó a consumarse ante la negativa de la menor.

Estos hechos continuaron repitiéndose en los años posteriores de forma frecuente, siempre por la noche, hasta que en el año 2016, contando la menor ya con doce años, fue penetrada vaginalmente por el acusado, un día que, estando los dos solos en la casa, Juan Enrique se puso encima de ella.

Prosiguieron después las penetraciones de la menor en análogas condiciones hasta que un día del mes de agosto de 2017 el acusado, cuando la penetró, eyaculó por primera vez en su interior, lo cual produjo una gran perturbación en Amanda al pensar que pudiera quedarse embarazada, por lo que decidió contárselo a una prima de su edad aproximada, llamada Emilia.

Estos hechos han producido en la menor un DIRECCION000 (F. 44 según CIE 10) con pronóstico negativo, con alteración en el área de la sexualidad."

SEGUNDO.- La Sección nº 3 de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó el siguiente pronunciamiento:

"Condenamos a Juan Enrique, como autor responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de abuso sexual continuado, con acceso carnal por vía vaginal, prevaliéndose de la relación existente con la víctima, a la pena de once años de prisión, así como a la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Le imponemos igualmente la prohibición de residir o aproximarse a una distancia inferior a los quinientos metros o comunicar con Amanda o aproximarse a ella a menos de quinientos metros durante diez años. Por último, le condenamos a que indemnice a Amanda en la suma de 30.000 euros, cantidad que devengará los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta su completo pago, así como al pago de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.

Contra esta Sentencia cabe recurso de apelación ante la sala de lo civil y lo penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Juan Enrique; dictándose sentencia nº 245/2021, por Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia



de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sección de Apelación Penal, en fecha de 7 de octubre de 2021, en el Rollo de Apelación 140/2021, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Se aceptan íntegramente los que como tales se declaran probados en la sentencia de instancia, que figuran transcritos en el segundo antecedente de esta resolución; dándolos aquí por reproducidos."

CUARTO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sección de Apelación Penal, dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado Juan Enrique, contra la sentencia dictada el 15 de febrero de 2021 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba en el rollo de procedimiento ordinario n.º 1060 de 2018, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su procurador en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, a preparar en plazo de cinco días desde la última notificación ante este mismo tribunal. Únase certificación al rollo de sala.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales al tribunal de procedencia, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución de lo definitivamente resuelto."

QUINTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por la representación legal de Juan Enrique, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

SEXTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5. 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ambos en relación con el artículo 24.1º.2º de la Constitución.

Motivo Segundo.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ambos en relación con el artículo 24.1º.2º de la Constitución.

Motivo Tercero.- Por quebrantamiento de forma del art. 851 nº 1º, inciso final de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, por una parte, se consignan en la sentencia como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

Motivo Cuarto.- Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Cr, por aplicación indebida del art. 66.1, 6º del Código Penal, al no apreciarse la atenuante de dilaciones indebidas.

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal queda instruido del recurso interpuesto, solicitando la inadmisión del recurso y subsidiariamente su impugnación de fondo, y de no estimarse así, su desestimación; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 11 de enero de 2023, se otorgó un plazo de ocho días a la parte recurrente para que informara sobre la eventual aplicación de la LO 10/2022, esa misma parte, en escrito de fecha 24 de enero de 2023, mantuvo los motivos alegados al ser, en ese supuesto, los más favorables al reo, posteriormente conferido el mismo traslado al Ministerio Fiscal, considero que no procedía la aplicación retroactiva de la L.O. 10/2022, al resultar perjudicial al recurrente.

NOVENO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 9 de enero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.1. En los dos primeros motivos del recurso se alega vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ambos en relación con el artículo 24.1º.2º de la Constitución.



En el desarrollo del motivo se pone de relieve que no se ha tenido en cuenta por el tribunal que la menor se retractó en el acto del juicio oral, negando los hechos de forma categórica, aún a pesar de la insistencia del Ministerio Fiscal, pese a que justificó los motivos que le llevaron a mentir, actuando con total madurez, ya que en el acto del juicio estaba ya cercana a la mayoría de edad, dando mayor credibilidad a una declaración prestada cuatro años antes, no entendiendo el recurrente el motivo por el cual fue admitida la prueba si la misma iba a ser despreciada. Por otro lado, se cuestiona el valor de prueba de cargo única de la prueba preconstituida, ya que existía móvil espurio, el querer mantener oculta una relación sexual con tercero, reaccionando con miedo al posible embarazo, la ausencia de corroboraciones periféricas, y de reiteración, al haber cambiado en el acto del juicio oral su versión de los hechos.

1.2. Como hemos reiterado, por todas STS 20/2019, de 8 de enero, la casación que surge de la reforma operada por la ley 41/2015, ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

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 art. 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.

1.3. La sentencia de instancia valora, pormenorizadamente, la racionalidad y lógica de las conclusiones alcanzadas por el tribunal sentenciador, afirmando que el recurrente no es capaz de proporcionar en su recurso elementos de hecho que pudieran revelar una valoración arbitraria del tribunal. Otorgando prevalencia probatoria a la declaración de la menor en la prueba preconstituida sobre la vertida en el juicio oral, de acuerdo con el art. 714 de la LECrim, destacado la presencia y posibilidad de intervención de la defensa en la práctica de la prueba preconstituida, lo que satisface la esencial garantía de contradicción y despeja cualquier sospecha de indefensión derivada del procedimiento.

Además, el tribunal califica de "patética" la retractación en juicio de la víctima, como claro ejemplo de la victimización secundaria y transcribe de forma gráfica la misma: "(...) *acudido la menor al plenario en un estado de considerable agitación y nerviosismo, con violentos accesos de llanto ya desde el comienzo de su declaración.*

Al llegar a la parte de la misma en que surgió, a preguntas de la Fiscal, la cuestión de si "su padre había abusado de ella", empezó a decir, en frases entrecortadas, "no puedo, no puedo, es mi padre, yo lo quiero mucho, de verdad no puedo", dominada por unos sollozos que no la dejaban proseguir, hasta el punto de que el personal del servicio de asistencia a las víctimas que la acompañaba tuvo que intervenir, aseverando, cuando logró, por fin, calmarla, que la joven estaba hiperventilando.

A partir de ese momento sostuvo que lo que había respondido en las anteriores exploraciones a las que había sido sometida no era cierto, que su padrastro no fue con quien mantuvo relaciones sexuales, sino otra persona, en Ecuador, donde había estado. Aseveró también que lo que le había contado a su prima y a su tía no era cierto. Y que el motivo de ello era que "tenía mucho miedo" de estar embarazada y "que le dijeran algo", ya que "sus padres" le habían advertido que tuviera cuidado y, a pesar de ello, "pasó" en Ecuador la relación sexual. [...]

Refrenda la Sala lo que califica de acertadas conclusiones, consistentes en que de acuerdo con las enseñanzas de la victimología y con la experiencia forense, una retractación efectuada en esas condiciones de alteración psíquica no responde a la realidad, sino que obedece a la conjunción de la presión, explícita o tácita, del entorno familiar a raíz de la forzosa salida del padre del hogar, de la que la madre y el hermano



responsabilizan a Amanda , de los sentimientos ambivalentes de esta hacia quien tenía por un padre y sigue considerando "súper bueno" y de su propio sentimiento de culpabilidad por las consecuencias de su revelación.

Por otro lado, se refuerza el argumento de la inveracidad de la retractación de Amanda , de su propia declaración en el plenario donde reconoce que dormía con el acusado en su cama, so pretexto de que tenía miedo, lo que no es explicable dada la edad de la menor, así como del hecho de que niega haber relatado los abusos a su madre, cuando la misma reconoce -aunque tratándole de quitar importancia- la citada revelación, que tuvo lugar mucho antes del episodio que dio lugar al temor de embarazo al que la menor atribuye lo que le contó a su "prima Emilia " .

Posibilidad de retractación que ya fue puesta de relieve en los distintos informes psicológicos, poniendo de relieve los factores distorsionadores con los que contaba Amanda . Una de las psicólogas que trató a la menor perteneciente a la asociación, manifestó que " *la menor de edad se puede ver presionada por sentimientos de culpa, el dolor producido por la desmembración de la familia, el sufrimiento de sus familiares, las posibles consecuencias para el supuesto ofensor, etc., y siente que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia; de ahí que tienda a retractarse para restaurar el equilibrio familiar y evitar que se produzcan esos posibles resultados*". Explicación, sobre la que subraya la Sala que se anticipa a la efectiva retractación de la menor, y se corresponde plenamente con los estudios sobre el abuso sexual infantil.

También se analizan los informes de credibilidad, no como corroboración externa, si no puestos en relación con la prueba preconstituida, sí dándole ese valor al informe pericial sobre tratamiento, ratificado en el juicio por sus autores, que advierten del estado mental de Amanda " *toda una panoplia de síntomas característicos de las secuelas del abuso sexual infantil: sentimientos de culpa y malestar, alteración en el desarrollo de la sexualidad, sentimientos ambivalentes hacia el acusado, anhedonia y, sobre todo, un DIRECCION000 muy característico, en el que se separan las experiencias vividas de las emociones correspondientes, con dificultad para expresar estas y para integrar adecuadamente tanto unas como otras* ". .

También se descarta la versión exculpatoria del acusado, calificando de pobre concepto de su versión de los hechos, así como de incongruente, cuando niega cualquier " *acto impropio*" con su hijastra, reprochándole que " *se paseara delante de él en pantaloncitos cortos*", admitiendo a su vez que le permitía a la menor que subiera a su cama, ello pese a que le atribuye a la niña una actitud " *lolitescas de provocación erótica hacia él*".

Se analiza el informe forense en el que se afirma que " *la elasticidad y permeabilidad del himen y de la vagina de la niña sugieren la existencia de previas relaciones sexuales crónicas*", lo que se califica de corroboración objetiva de la declaración inicial de Amanda .

Por último, se descarta el móvil espurio o de animadversión de la menor, la cual sigue manteniendo afecto y estima hacia quien llama padre, rechazando la alegación de la defensa, que ahora replantea en esta instancia, sobre que fue una invención de la menor para ocultar la vergüenza de sus relaciones sexuales precoces, una vez que se descubrió la mentira de la supuesta violación denunciada en un principio, dice el tribunal que la alegación cae por su base, porque está sobradamente claro que no fue una niña de trece años, sino su tía abuela Sacramento -a quien aquella se lo atribuye desde un primer momento- quien urdió la falsa denuncia de violación para conseguir de los servicios sanitarios la prevención del embarazo sin implicar al acusado; siendo así que Amanda había relatado ya a su "prima" Emilia y a la propia Sacramento , extremo que admiten ambas, que era su padrastro quien abusaba de ella, como aún antes lo había contado a su madre sin obtener de ella la protección que merecía.

1.4. No es función de la casación revalorar íntegramente una prueba no directamente presenciada para preguntarnos si personalmente participamos de la convicción reflejada en la sentencia, o, por el contrario, subsiste alguna duda en nuestro ánimo. El derecho a la presunción de inocencia comporta la prohibición constitucional de condena sin que se hayan realizado pruebas de cargo, válidas, revestidas de las necesarias garantías, referidas a todos los elementos esenciales del delito, y de las que quepa inferir razonable y concluyentemente los hechos y la participación del acusado sin quiebras lógicas y sin necesidad de "suposiciones" frágiles en exceso.

En el caso, como hemos analizado, el tribunal de apelación completando la extensa fundamentación de la Sala sentenciadora, lleva a cabo un acertado, detallado y fundado análisis de la prueba practicada, en concreto de la prueba preconstituida de la víctima rechazando cualquier móvil espurio, y mostrando sus corroboraciones externas, así como de las razones para rechazar su retractación en el plenario y la declaración exculpatoria del acusado.

Compartimos los argumentos del tribunal de instancia para dar valor a la prueba preconstituida y rechazar la retractación de la víctima en el plenario. Hay que tener en cuenta que la victimización secundaria nace fundamentalmente de la necesaria intersección entre un sujeto y el complejo aparato jurídico-penal del Estado,



y se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quién se dirige a él pidiendo justicia y porque afecta al prestigio del propio sistema.

En todo caso hay que evitar que los menores se sientan culpables de lo ocurrido y de la ruptura familiar que ello conlleva. En estos supuestos, las posibles interferencias parentales y familiares podrían producirles daños o perjuicios psicológicos irreparables, fruto de presiones externas o por la asunción de responsabilidades que no le corresponden; como ocurrió en el presente caso en el que la declaración en juicio se produjo en un estado de la menor de edad de gran alteración psíquica, que como afirman los tribunales que han tenido ocasión de revisar la prueba, implican que la retractación llevada a cabo no responde a la realidad, y que es fruto de una presión familiar expresa o tácita.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la LO 8/2021 lleva a cabo una completa reforma de la manera en que han de declarar los menores en el proceso penal y de la eficacia de sus declaraciones, tanto en fase de investigación como en el juicio oral, siendo la finalidad prioritaria de la reforma evitar la victimización secundaria que causa la reiteración de las mismas; el legislador, con buen criterio y en línea con los principios y directrices del marco normativo internacional, introduce las medidas necesarias para que el menor solo tenga que declarar una vez, en un entorno "amistoso" y ante profesionales con formación específica al efecto. Las medidas de protección que se establecen son de aplicación tanto al sumario ordinario, para el que se regulan detalladamente (arts. 499.ter, 703 bis y 707 LECR), como para el abreviado (arts. 777.3 y 778 LECR).

Se introduce un precepto general que regula la práctica como prueba preconstituida de la declaración testifical, estableciendo las garantías necesarias para que pueda incorporarse al juicio oral (art. 499 bis, en relación con el art. 730.2 LECR) 57. La prueba preconstituida se configura, con carácter general, como una posibilidad que debe acordar la autoridad judicial, conforme a los supuestos legalmente previstos. Tal posibilidad se convierte en obligación (la redacción en términos imperativos no ofrece duda: "la autoridad judicial acordará"), cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o con discapacidad necesitada de especial protección y se trate de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, quedando así delimitados los ámbitos subjetivo y objetivo (art. 499. ter LECR).

En cuanto a la misma, se afirma por el recurrente que no reúne los requisitos necesarios para considerarla prueba de cargo, por existir móvil espurio, lo cual no es cierto, ya que hacemos nuestras las apreciaciones del tribunal sobre que lo excluye precisamente la actitud de la víctima tanto en el plenario, donde muestra gran afecto al acusado, como en la instrucción, siendo la denuncia no planeada por ella, sino por otro familiar.

En cuanto a las corroboraciones, en el aspecto objetivo se destaca el informe forense, y en el subjetivo los informes periciales de tratamiento del que se demuestra la existencia de secuelas características de abuso infantil, así como las declaraciones referenciales de madre, tía y prima de la víctima, con las matizaciones expuestas por el tribunal. Es importante recordar que uno de los temores más importantes de las víctimas de abusos sexuales es que su testimonio no sea creído, sobre todo cuando son menores. A este respecto hay que señalar que existen estudios que confirman que menores en edades acreditan elevados índices de credibilidad, lo cual equivale a que la edad temprana no debería ser un factor de duda de la credibilidad del testimonio, como pretende hacer ver el recurrente, sino más bien al contrario.

En relación a la falta de persistencia en la incriminación que se denuncia , hemos dicho, entre otras, en la STS 773/2013, de 21 de octubre, que "no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de éstas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas, cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio, pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva" (cfr. SSTS 511/2012, 13 de junio; 238/2011, 21 de marzo; 785/2010, 30 de junio y AATS 479/2011, 5 de mayo, 926/2022, de 20 de octubre, entre otras).

No nos encontramos ante una fabulación imaginativa del víctima, sino ante una retractación que no obedece a la realidad, como se valora por el tribunal de instancia, cuyos integrantes, conforme a lo dispuesto el art 714 de la LECrim, pueden valorar que no siendo conforme la declaración de la testigo con la prestada durante el sumario, en este caso, con la contradicción y oralidad que implica la prueba preconstituida, otorgan pleno valor, tras preguntar por las contradicciones con la anterior prestada a la fase sumarial, al primero de los testimonios.



Como hemos dicho en nuestra sentencia 681/2018, de 20 de diciembre, es necesario que la declaración sumarial sea introducida mediante lectura, conforme a lo previsto en el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sometida a contradicción durante el juicio; la declaración debe haber sido realizada ante el juez de instrucción quedando extramuros de toda valoración las declaraciones prestadas ante la policía (SSTS 20/05/1997 y STC 29/09/1997). La lectura de la declaración debe producirse a instancia de parte o de oficio (art. 798, párrafo 2º de la LECrim) y el acusado/testigo debe ser interpelado sobre la contradicción existente, que debe recaer sobre aspectos esenciales del testimonio. No obstante, la lectura no es imprescindible en tanto que la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha reducido esta exigencia formal y basta que las contradicciones se hayan puesto de manifiesto en el juicio y que sobre ellas haya sido interrogado el acusado.

En el supuesto, las declaraciones sumariales han sido introducidas en legal forma mediante el interrogatorio del plenario y han sido expresamente reconocidas por la testigo. El tribunal ha otorgado mayor credibilidad a esas iniciales manifestaciones frente a la retractación del juicio y ha justificado expresamente las razones por las que ha tomado esa decisión. El tribunal de instancia descarta que las declaraciones sumariales hubieran sido prestadas por un móvil espurio.

En definitiva ha existido prueba de cargo utilizada en la sentencia para condenar -prueba existente-, tal prueba fue traída al proceso con observancia de las normas legales y constitucionales y fue practicada en el plenario con las garantías propia de éste acto solemne -prueba lícita-, y ha de considerarse bastante para justificar en el aspecto fáctico la condena aquí recurrida sobre la forma en que ocurrieron los hechos probados -prueba racionalmente fundada-, y la participación en ellos del acusado.

Los motivos se desestiman.

SEGUNDO.- El motivo tercero se formula quebrantamiento de forma del art. 851 nº 1º, inciso final de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, por una parte, se consignan en la sentencia como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo, y el cuarto motivo infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim. por aplicación indebida del art. 66.1, 6ª del Código Penal.

En concreto, se hace referencia a que en el relato fáctico se hace constar que los abusos comenzaron cuando la menor tenía ocho años ya que el padre aprovechaba que la madre trabajaba por las noches fuera de la vivienda, y que por tanto, no dormía con su familia, para realizar esta práctica. Y, que se vulnera el artículo 66 en tanto en cuanto no se ha aplicado la atenuante de dilación indebida, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se incoan las Diligencias policiales, (agosto de 2017) hasta la fecha de celebración del Juicio, 14 de septiembre de 2020, han transcurrido tres años.

Hacemos mención conjunta a ambos motivos porque ninguno de ellos fue planteado en la apelación previa ante el Tribunal Superior de Justicia, y al respecto, como decimos en nuestra sentencia 500/2018, de 24 de octubre, la Jurisprudencia consolidada de esta Sala de forma constante (SS 29-6-2018, nº 320/2018; 12-4-2018, nº 176/2018; 13-5-2010, nº 445/2010; 18-3-2005, nº 344/2005 y nº 707/2002, 26-4-2002) ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes. Lo que implica que no puedan formularse, *ex novo* y *per saltum* alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al Tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral, y a decidir sobre ellos por primera vez y no en vía de recurso de casación. Es decir, como si actuase en instancia, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas.

Recientemente esta Sala en la sentencia 345/2020, de 25 de junio, tras el Pleno celebrado al respecto el día 23 de junio de 2020, hicimos constar que "El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente (dejando al margen casos excepcionales -v.gr.: aforados-) contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia; pero no sobre todos, sino solo sobre aquéllos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre ellos puede pronunciarse el tribunal *ad quem*. El resto de asuntos decididos y no cuestionados ni impugnados han de considerarse consentidos (*tantum devolutum quantum appellatum*). La apelación no es un nuevo juicio íntegro: su objeto es más limitado que el de la instancia. Está marcado por los contornos prefijados por el apelante -y, en su caso el impugnante adhesivo- en su recurso."

Los motivos se desestiman.

TERCERO.- La entrada en vigor el mes de octubre de 2022 de la reforma operada por efecto de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha dotado de nueva configuración y regulación al Título VIII del Libro II CP, nos obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva



regulación resultara más beneficiosa al condenado, tal y como interesa la parte recurrente tras el traslado dado por esta Sala, pues de ser así, por aplicación del artículo 2.2 CP habrá de serle retroactivamente aplicable.

Dado el traslado a las partes para alegaciones con respecto a la aplicación de la citada ley, el acusado entiende que en escrito registrado de entrada en la secretaría de esa Sala el 25 de enero de 2022, para adaptación de los motivos del recurso a la LO 10/2022, ha manifestado " *entiende esta parte que, procede mantener los motivos alegados en su día al ser en este supuesto la ley más favorable al reo*". El Ministerio Fiscal en su informe interesa que se mantenga la pena impuesta en la sentencia de instancia, al resultar más beneficiosa que la resultante de aplicar la LO 10/22.

Las penas impuestas al recurrente fueron individualizadas a tenor de lo dispuesto en el Código Penal de 1995 tras la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de julio, el delito por el que viene condenado el recurrente es el de los apartados 1, 3, y 4 d) del artículo 183 y 74 del Código Penal, abuso sexual continuado a menor de edad, con acceso carnal por vía vaginal, prevaliéndose de la relación existente con la víctima, a la pena de once años de prisión.

El Código Penal según la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, sanciona los hechos que han sido declarados probados por como un delito de agresión sexual con penetración vaginal con abuso de una situación de superioridad a menor de 16 años en el art. 181.3 en relación con el artículo 178, ambos del Código Penal, con pena de 10 años a 15 años, que debe ser aplicada en su mitad superior dada la continuidad delictiva apreciada -entre 12 años, 6 meses y un día a 15 años-, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

En consecuencia, la pena privativa de prisión impuesta en la sentencia recurrida -11 años de prisión-, es inferior a la procedente aplicando la LO 10/2022, toda vez que incluso imponiéndola en el mínimo, resultaría de aplicación la pena de 12 años, 6 meses y un día de prisión, superior a la fijada en la sentencia de instancia.

CUARTO.- Procede imponer las costas al recurrente (art. 901 LECrim)

FALLO

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

NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Juan Enrique , contra la sentencia nº 245/2021 de 7 de octubre de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, Sección de Apelación Penal, en el Rollo de Apelación nº 140/2021; con imposición de las costas causadas al recurrente.

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.