



Roj: **STS 2163/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2163**

Id Cendoj: **28079120012019100392**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2019**

Nº de Recurso: **1376/2018**

Nº de Resolución: **331/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 520/2018,**
STS 2163/2019

RECURSO CASACION núm.: 1376/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 331/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 27 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **Isidoro**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, que le condenó por delito de abusos sexuales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. De Luis Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Tarragona incoó Procedimiento Abreviado con el nº 173 de 2014 contra **Isidoro**, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, que con fecha 20 de marzo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"**ÚNICO.-** De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral conforme a los principios de oralidad, contradicción, inmediación e igualdad de armas, han resultado acreditados los siguientes hechos: El Sr.





Isidoro , nacido el día NUM000 /1953 en DIRECCION000 (Tarragona), de nacionalidad española, con DNI nº NUM001 , y sin antecedentes penales, el día 07/08/2014, sobre las doce horas y treinta minutos del mediodía aproximadamente, hallándose en el mercado ambulante ubicado en la RAMBLA000 de la ciudad de Tarragona, con ánimo de satisfacer su apetito sexual, se colocó detrás de la menor Adelaida ., de catorce años, procediendo a rozar con su zona genital el cuerpo de la menor, realizando movimientos pélvicos. Advirtiendo dicho hechos el padre de la menor, se aproximó y cogiendo al acusado de un brazo, lo giró, constatando que el Sr. Isidoro tenía una erección y una mancha en la zona genital de sus pantalones, procediendo a darle un puñetazo. El 29/07/16 se realizó por el letrado Sr. Peña por cuenta del Sr. Isidoro un ingreso de 2.000 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales en concepto de la responsabilidad civil que solicitaba el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación".

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

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Isidoro , como autor de un delito de abusos sexuales, previsto y penado en los arts. 181.1 y 5 en relación con el artículo 180.1.3ª del Código Penal , concurriendo las circunstancias atenuantes de dilaciones indebidas simples del artículo 21.6 del Código Penal y la atenuante analógica de reparación del daño cualificada del artículo 21.7 en relación al 21.5 del Código Penal a la pena de 5 meses y 8 días de multa con una cuota diaria de 8 euros. Se le condena al pago de las costas procesales. Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista en los artículos 855 y 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación".

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

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Isidoro , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Breve extracto de su contenido: acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución).

Segundo.- Breve extracto de su contenido: acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución) en relación con el deber de motivación de las sentencias (art. 120.2 Constitución Española).

Tercero.- Breve extracto de su contenido: acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con las debidas garantías (art. 24.2 Constitución).

Cuarto.- Breve extracto de su contenido: acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento a ser enjuiciado sin dilaciones indebidas (art. 24.2 Constitución).

Quinto.- Breve extracto de su contenido: acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por vulneración del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 Constitución).

Sexto.- Breve extracto de su contenido: por quebrantamiento de forma, acogido a los arts. 850.3º LECrim ., por haberse denegado la admisión de medios de prueba documental relativa a reclamar los historiales médicos de las dos menores inicialmente presuntas víctimas y pericial psicológica sobre las dos menores.

Séptimo.- Breve extracto de su contenido: por quebrantamiento de forma, acogido al art. 851.1º LECrim ., al no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos probados.

Octavo.- Breve extracto de su contenido: por infracción de ley acogido al ordinal 2º del art. 849 LECrim ., por errores en la apreciación de la prueba, basados en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Tribunal sentenciador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Incongruencia omisiva fáctica.

Noveno.- Breve extracto de su contenido: por infracción de ley, acogido al art. 849-1º LECrim ., por inaplicación indebida del art. 181.1 y 181.5 del Código Penal .

Décimo.- Breve extracto de su contenido: por infracción de ley, acogido al art. 849.1º LECrim ., por inaplicación indebida del art. 180.1.3 del Código Penal .

Undécimo.- Breve extracto de su contenido: por infracción de ley, acogido al art. 849-1º LECrim ., por falta de aplicación del art. 21.6 del Código Penal como muy cualificada.





QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 11 de junio de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Isidoro , contra la sentencia de 20 de marzo de 2018, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tarragona que le condena como autor de un delito de abusos sexuales, previsto y penado en los arts. 181.1 y 5 en relación con el artículo 180.1.32 del Código Penal , concurriendo las circunstancias atenuantes de dilaciones indebidas simples del artículo 21.6 del Código Penal y la atenuante analógica de reparación del daño cualificada del artículo 21.7 en relación al 21.5 del Código Penal a la pena de 5 meses y 8 días de multa con una cuota diaria de 8 euros.

Se declara como hecho probado que "El Sr. Isidoro , nacido el día NUM000 /1953 en DIRECCION000 (Tarragona), de nacionalidad española, con DNI nº NUM001 , y sin antecedentes penales, el día 07/08/2014, sobre las doce horas y treinta minutos del mediodía aproximadamente, hallándose en el mercado ambulante ubicado en la RAMBLA000 de la ciudad de Tarragona, con ánimo de satisfacer su apetito sexual, se colocó detrás de la menor Adelaida ., de catorce años, procediendo a rozar con su zona genital el cuerpo de la menor, realizando movimientos pélvicos. Advirtiendo dichos hechos el padre de la menor, se aproximó y cogiendo el acusado de un brazo, lo giró, constatando que el Sr. Isidoro tenía una erección y una mancha en la zona genital de sus pantalones, procediendo a darle un puñetazo.

El 29/07/16 se realizó por el letrado Sr. Peña por cuenta del Sr. Isidoro un ingreso de 2.000 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales en concepto de la responsabilidad civil que solicitaba el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación".

SEGUNDO.- 1.- Acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución).

Sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12 , STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 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 éste 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, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un 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 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque





se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a 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. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- 1.- En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba"** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.
- 2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.
- 3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .

- 1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.





2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , o de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada** , todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).



El recurrente sostiene que se estima que las tres testificales en las que se basa la condena (declaración del padre, de la menor y de un testigo visual) han sido valoradas de forma irracional y arbitraria, y que no constituyen prueba suficiente para enervar el derecho fundamental invocado. A ese respecto, se alega que tanto el padre de la menor como el testigo Mateo incurren en enormes contradicciones entre lo declarado en la fase de instrucción y el plenario, contradicciones que también se dan entre sus respectivos testimonios, al tiempo que se resalta que la menor manifiesta no haber notado ningún tipo de ataque contra su indemnidad sexual.

Pues bien, señala el Tribunal que "el cuadro probatorio ha venido integrado por la declaración del acusado Sr. Isidoro (que declaró en último lugar), las testificales del padre de la menor, el Sr. Onesimo y de su hija Adelaida . (ambos a través de videoconferencia desde Francia), del Sr. Mateo , la de los cabos de la Guardia Urbana de Tarragona con TIP NUM002 y NUM003 y finalmente las periciales de . Urbano y Salvadora , así como la documental aportada y admitida".

Con la percepción que le supone al Tribunal la inmediatez, el Tribunal apunta que:

"Llega a la conclusión que, efectivamente, el Sr. Isidoro procedió el día 07/08/14 a colocarse con su cuerpo pegado a la menor Adelaida ., realizando movimientos pélvicos, similar a lo que sería el acto sexual con introducción del pene en la vagina o en el ano desde la parte posterior, y todo ello con el objeto de satisfacer su apetito sexual.

... Los referidos movimientos y rozamientos con el cuerpo de la menor fue constatada por el padre de la menor, que relató cómo el acusado realizaba unos movimientos de rozamiento con su hija como si fuera unos movimientos pélvicos que pudieran visualizarse como hacia arriba y hacia abajo, extremo éste que nos ha quedado como tal acreditado, por lo que se refiere a ese movimiento de rozamiento. El padre al observar esa situación se dirigió hacia el acusado, del que le separaba escasamente unos pocos metros, le cogió del brazo, lo giró y constató que éste tenía una erección, así como una mancha, como si hubiera eyaculado, y a raíz de ello procedió a golpear al Sr. Isidoro , interviniendo luego el vigilante de seguridad y luego ya compareció la policía, habiendo observado también el Sr. Onesimo cómo el acusado cogió posteriormente unos clínex y se limpiaba la mancha, que a su juicio era de haber eyaculado. Explicó que su hija era bajita en aquella fecha, pero que estaba desarrollada como mujer y que los genitales del Señor estaban a la altura del culo de su hija. Repitió en varias ocasiones el Sr. Onesimo haber visto en el acusado tanto la erección como la dio la vuelta. Repitió también que con Florinda . no hubo contacto físico, que con la mayor, Adelaida , si hubo contacto físico, que fue muy rápido. Tenemos por otra parte la declaración de un empleado de una de las paradas del mercado, el joven Mateo el cual confirmó efectivamente cómo el acusado, al cual lo reconoció en el propio plenario, si bien en lugar de rozamiento indicó que el acusado procedió a apoyar la zona genital del mismo con los glúteos de la menor, haciendo referencia a tal hecho en diversas ocasiones durante su declaración y utilizando también diverso léxico, así, en concreto, indicando que lo vio pegado al acusado a la niña, arrimado. Indicó también que el acusado tenía el pantalón manchado en la zona de la cremallera. Se plantearon contradicciones en relación a su declaración en el plenario y la practicada en la fase de instrucción en el sentido de que ahora ha indicado que le vio una mancha, si bien en instrucción no lo dijo, argumentando el testigo que sí lo dijo, si bien no procedieron a tomar nota correctamente; por otra parte en cuanto a la posición del acusado en el plenario indicó que el acusado se encontraba de pie, quieto, pegado a la niña, si bien el día de su declaración judicial en instrucción consta que dijo que el acusado realizaba movimientos pélvicos y roces, extremo que ahora no indica, y que es la versión referida por el padre y que a nuestro juicio ha quedado acreditada, atendiendo a la mayor proximidad del padre, el cual incluso respondió de forma airada ante lo que constató, procediendo a golpear con un puñetazo al Sr. Isidoro . En el plenario, el paradista, llegó a realizar Incluso la figuración de esa **posición fija, si bien como de presión hacía delante de la zona genital**. Consideramos que, finalmente, por lo que respecta a la víctima, Adelaida ., la misma confirmó haber notado el cuerpo del acusado pegado a ella, si bien no recordaba en concreto el rozamiento de la zona genital con su trasero. Para Adelaida . al sentir el cuerpo detrás de ella, pensó que era normal por la gente que había en el mercadillo, **notó todo el cuerpo** , no recordando si notó los genitales. Que **estaba pegado a ella, que fue ella quien lo sintió detrás. Vio el pantalón mojado** ".

Es decir, que frente a la negativa del recurrente el Tribunal ante el que se ha practicado la prueba ha realizado un esfuerzo de motivación suficiente respecto a la absoluta convicción de la contundencia de la declaración del padre que vio los hechos, mientras que la hija, que bien podría desconocer las intenciones reales de ese acto concreto de estar pegado a ella, lo cierto es que ella reconoce que estaba pegado, aunque no recuerda el acto en sí mismo del rozamiento que puede corresponderse con la versión que da su padre que se corresponde con la del testigo visual conforme explicita el Tribunal, sin que las contradicciones que se alegan por el recurrente tengan la relevancia para alterar la valoración de la prueba que lleva a cabo el Tribunal.



Con ello, no existen contradicciones de relevancia que refiere el recurrente, y, por otro lado, en estos casos de ataques a la libertad sexual pueden existir, en ocasiones, ciertas cuestiones o matices que no alcanzan el factor de "contradicción" al sujetarse a pequeños detalles que no tienen la importancia para cuestionar o dudar de la veracidad, o entender que la víctima está fabulando y que cambia su versión. Este análisis del "cambio de versión" en "elementos esenciales o sustanciales" en los extremos centrales y nucleares de los hechos que sustentan el tipo penal es realizado por el Tribunal ante quien se practica la prueba y lo verifica con la oportuna intermediación.

La contradicción debe ser esencial y nuclear para deducir de ella que existen dudas de la veracidad de la declaración, lo que no ocurre en este caso como válida Tribunal, pese a que el recurrente sostiene determinados extremos que no adquieren la relevancia suficiente como para entender que existen "saltos" relevantes en lo que declara un testigo.

Suele ser objeto de alegación con frecuencia la existencia de contradicciones en las declaraciones de los acusados, víctimas o testigos en sus diversas manifestaciones que llevan a cabo tanto en sede policial, como ante el juzgado de instrucción y su comparación con la llevada a cabo en el plenario. No obstante, cuando se alega el concepto de **contradicción** no debe perderse de vista que, técnicamente, por tal debería entenderse aquello que es antagónico u opuesto a otra cosa. Y en la mayoría de los supuestos en que se alega la pretendida contradicción se centra o ciñe más en cuestiones de matices respecto al contenido propio de las declaraciones.

Por ello, no puede cuestionarse la valoración de la prueba a la que llega el Tribunal cuando admite la valoración de la declaración de la víctima, o de testigos de cargo alegando que sus declaraciones fueron otras, cuando, en realidad, a lo que se refieren es a aspectos de matices sin la relevancia propia que tendría técnicamente una **declaración antagónica o contradictoria** de la víctima o de un testigo.

Nos movemos, entonces, en el terreno de la valoración de la prueba, que nos lleva al respeto del principio de intermediación, que no tiene alcance en sede casacional. Y ello, aparte de entender que la contradicción que se alega cuando se emplea este motivo por la vía de la presunción de inocencia no se refiere a declaraciones que se oponen entre sí, sino a declaraciones que no son idénticas.

No se aprecia razón alguna por la que el padre pueda mentir, ya que se conecta el acto del rozamiento con la mancha que tenía a continuación en el pantalón el acusado, lo que evidencia que aunque fuera un acto puntual y rápido, el delito de abuso sexual del art. 181 CP no requiere una duración en el tiempo, sino que basta que sea un acto puntual, siempre que anudemos el acto intencional libidinoso, que es la conclusión a la que llega el Tribunal.

Se ha planteado la existencia del dato objetivo de la "aglomeración" que rodea a este tipo de situaciones en esta zona, pero ello no impide que, precisamente, aprovechando aglomeraciones una persona pueda servirse de esta excusa para llevar a cabo actos de naturaleza sexual, como lo es aproximarse a la parte sexual de la víctima, en este caso una niña de 14 años, aunque ocurrido el hecho antes de la reforma del CP por LO 1/2015, lo que determina la no aplicación del art. 183 CP, sino el simple del art. 181 CP.

En consecuencia, el Tribunal no otorga relevancia a la prueba del detective, que no exonera de responsabilidad al recurrente. Lo mismo refiere el Tribunal de la prueba pericial psicológica, según la cual refiere que *"no consta que durante los años de ejercicio haya tenido el más mínimo problema: relacionado con menores o adultos en temas de carácter sexual. Concluye que el Sr. Isidoro es una persona responsable y equilibrada emocionalmente, teniendo una buena salud psicológica, controlando los impulsos de forma apropiada, que existe una ausencia en el mismo de rasgos psicopatológicos"*.

Señala, pues, el Tribunal que *"No obstante ello no comporta que el Sr. Isidoro no haya realizado la conducta por la que es acusado por el Ministerio público, máxime cuando el informe ha sido elaborado este mismo mes de marzo del 2018 y la exploración del acusado se realizó el 21 y 26 de febrero de 2018, sin que por lo tanto se pueda conocer exactamente si el estado descrito en el presente informe también lo era en la fecha de los hechos denunciados el 07/08/14"*.

Con ello, el contenido del informe no determina que pueda evaluarse una pericial basada en las reducidas opciones de que con los antecedentes del acusado pudiera, o no, cometer un delito de estas características, ya que no puede sustentarse una prueba de descargo en las "reducidas opciones de que alguien pueda delinquir", lo que no tiene la categoría, como decimos, de prueba para desvirtuar las de cargo aportadas por la acusación y la convicción del Tribunal acerca de un caso concreto, como es el acercamiento del acusado con sus partes sexuales a las de la víctima, y el acto que visualizó el testigo de cargo, su padre, y que corroboró el testigo ajeno a los denunciados, si bien señalando de forma más contundente en la instrucción la misma línea de la declaración en torno a los movimientos más allá del hecho de "estar pegado" a la víctima. Lo cierto es que





quedó probado que de forma inmediata se comprobó que tenía manchado la parte del pantalón ubicada en los órganos sexuales del acusado, lo que queda probado, porque así lo apunta el padre y la menor, así como el testigo antes citado. De suyo, la expresión que utiliza el Tribunal es concluyente: *"El acusado tenía el pantalón manchado en la zona de la cremallera"*, lo que puede ser corolario del acto que había realizado y fue detectado por el padre y el testigo antes citado, reflejando la menor que notó al acusado pegado a ella , **y que notó todo el cuerpo**. Pero la alegación que efectúa el recurrente de que no notó un ataque a su indemnidad sexual no altera la valoración probatoria, porque el abuso sexual en estos contextos de aglomeraciones puede no entenderse que lo sea como tal, pero no por ello se puede rechazar la existencia del delito de abuso en actos públicos en donde se aproveche esta circunstancia, precisamente, para cometer el ilícito penal, ya que el delito es objetivable por el hecho de atentar a la indemnidad sexual con un acto que objetivamente lo sea, como son los tocamientos en las partes sexuales de la víctima.

Las diferencias que refiere el recurrente han sido explicitadas por el Tribunal y en lo esencial la valoración de la prueba y su explicación se entiende correcta y suficiente.

Con ello, se entiende que, frente a la queja del recurrente, el Tribunal ha contado con prueba bastante para sustentar la condena.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución) en relación con el deber de motivación de las sentencias (art. 120.2 Constitución Española).

Plantea el recurrente que no existe la debida motivación de la sentencia en cuanto a la condena, pero nos debemos remitir a lo ya expuesto, y respecto a las razones de la condena no se trata de que el Tribunal haya "recuperado" la declaración sumarial del testigo antes citado de que en la fase de instrucción vio al acusado hacer movimientos y en el plenario que le vio pegado a la menor, o que el acusado procedió a apoyar la zona genital del mismo con los glúteos de la menor, haciendo referencia a tal hecho en diversas ocasiones durante su declaración y utilizando también diverso léxico, así, en concreto, indicando que lo vio pegado al acusado a la niña, arrimado. Lo que lleva a cabo el Tribunal es una explicación razonada y razonable, estimada como suficiente, acerca de la actitud del recurrente en su posición ante la menor, lo que el Tribunal pone en contacto con la convincente, para el Tribunal que valora la prueba, declaración del padre, y la corroboración de la menor de que tenía el cuerpo pegado a ella, lo que no se justifica por la aglomeración que había; excusa que no puede admitirse para que en actos públicos concurridos se aproveche esta circunstancia para realizar actos como el que aquí consta en los hechos probados, y más con menores, aunque la edad de 14 años no conllevara la aplicación del tipo penal del art. 183 CP , pero sí el básico del art. 181 CP .

Debemos apelar, pues, a la "suficiencia" de la motivación del Tribunal conectando lo que declaró en el plenario el padre, el testigo y la menor, pero no apelando a las declaraciones en la fase de instrucción, e incorporándolas, sino teniéndolas en cuenta para descartar la existencia de contradicciones relevantes que pudieran hacer dudar de la veracidad de la contundencia de la declaración del padre de la menor.

Así, respecto de la motivación de las sentencias, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en Sentencia 1581/2000 de 18 Oct. 2000, Rec. 1466/1999 señaló que:

"La motivación exige (Sentencias de 5 May. 1997 ; 23 Abr . y 21 May. 1996 ; entre otras) que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo saber cuáles son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada y quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La exigencia de motivación no supone que deba hacerse una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en determinado sentido ni requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta que se refleje la razón del discurso de manera que se haga comprensible al destinatario y que la decisión es consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento, y no fruto de la arbitrariedad (SSTC de 16 Nov. 1992 ; 20 May. 1993 ; 27 Ene. 1994 ; y SSTS de 26 Dic. 1991 ; 4 Dic. 1992 ; 21 May. 1993 ; 1 Oct. 1994 ; 18 May. 1995 ; etc.)".

Por ello, la sola lectura de la sentencia en su valoración probatoria antes expuesta evidencia que la sentencia tiene la motivación necesaria suficientemente expresiva del criterio y la argumentación sustentadora del pronunciamiento impugnado.

En cuanto al segundo punto de este motivo en atención a la cuantía de 8 euros en el día/multa entiende el recurrente que "no se conocen ni los ingresos reales del hoy recurrente, ni tampoco sus gastos reales, motivo por el cuál a la vista de la orfandad probatoria, debería haberse impuesto la pena en su mínima extensión, es decir, de DOS EUROS diarios (2 euros)".





Ha señalado en este punto el Tribunal que:

"En relación a la cuota diaria de la multa se fija en 8 euros diarios atendiendo a la información suministrada por la propia parte acusada, tanto directamente como a través de su letrado, así como del informe psicológico aportado, desprendiéndose que el acusado actualmente jubilado, hasta su jubilación desarrollo su actividad profesional como Odontólogo tanto en el sistema público de la sanidad como con consulta privada, a todo ello cabe añadir que actúa mediante letrado de designa, así como que en aras a su defensa inclusive ha contratado los servicios de un detective privado para realizar un Informe de la afluencia de personas al mercadillo de las Ramblas en Tarragona, así como también la realización de un informe psicológico por una Doctora en Psicología de notable prestigio. Estos extremos nos llevan al convencimiento que fijar una cuota de 8 euros diarios en la pena de multa es completamente proporcional a su capacidad económica".

Debe entenderse que existe una "suficiente" motivación de la sentencia en orden a fijar la cuantía diaria de la multa a imponer. Señala a estos efectos el art. 50.5 CP que: *"Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo"*.

Y en este caso, la motivación se entiende suficiente, porque la disparidad del recurrente en cuanto a los criterios tenidos en cuenta por el Tribunal para apreciar una mínima solvencia del recurrente no pueden confundirse con "ausencia de motivación", ya que en este caso lo que concurre no es "ausencia" de la misma, sino "disparidad" con la reflejada en la sentencia por el Tribunal. En estos casos sería contrario al espíritu de la norma que la "opacidad de la solvencia económica" del condenado impidiera imponer una cuantía por encima del mínimo, cuando en este caso quién tiene la facilidad para aportarlo es él mismo, alegando su insolvencia, o lo reducido de sus ingresos. De esta manera, siendo el arco de la determinación de la cuantía entre 2 y 400 euros, imponer la de 8 euros en el día/multa no es desorbitado, atendiendo a los criterios fijados por el Tribunal, a quien compete la motivación.

Así pues, como apunta la doctrina en este punto, la cuantía de la multa se fija como resultado de dos actos distintos, se realicen o no en diversos momentos procesales. En el primero, al que corresponde la verdadera medida de la pena, se fija el número de cuotas, con el mismo criterio que si de una privación de libertad se tratase. En el segundo - donde sólo se busca ya la igualdad de incidencia real sobre sujetos económicamente desiguales- la cuota se individualiza atendiendo a esos particulares condicionamientos patrimoniales.

También debemos recordar que en cuanto a la no exigencia de imponer la cuantía de la multa en el "mínimo", que esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 1835/2002 de 7 Nov. 2002, Rec. 1024/2001 señala que:

"La imposición de una cuota diaria en la "zona baja" de esa previsión, por ejemplo, en quinientas pesetas, no requiere de expreso fundamento (STS de 26 Oct. 2001). Interpretación que no ofrece duda alguna en su admisión cuando el total de la multa a satisfacer, por la cuantía verdaderamente reducida de la cuota (no más de quinientas pesetas generalmente) o por los pocos días de sanción (al tratarse de la condena por una simple falta, por ejemplo), es verdaderamente nimia, hasta el punto de que su rebaja podría incurrir en la pérdida de toda eficacia preventiva de tal pena.

Así, son de destacar también, en la misma línea, las recientes SsTS de 20 Nov. 2000 y 15 Oct. 2001 , que afirman, la primera de ellas para una cuota de mil pesetas y la segunda incluso para la de tres mil, que **la fijación de unas cuantías que o no superan siquiera las del salario mínimo o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a Derecho**, puesto que "una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva".

A su vez, la STS de 11 Jul. 2001 insiste, con harto fundamento y reuniendo la doctrina más actual de esta Sala, en que:

"El art. 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias "teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo". Como señala la Sentencia núm. 175/2001 de 12 Feb ., con ello **no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.**





La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 ptas.), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la sentencia de esta Sala de 7 Jul. 1999 ."

En consecuencia, lo que se exige es que el Tribunal fije criterios razonables y razonados, y ello opera en este caso de forma "suficiente", ya que no se exige que se aporten nóminas o justificantes de ingresos económicos, sino que el Tribunal puede llevar a cabo un proceso de deducción de la solvencia del condenado en base a las circunstancias que concurran, por lo que la explicación de su concurrencia determina la "suficiencia de la motivación", y la antes reflejada debe considerarse bastante por tratarse de indicios o criterios relacionados directa o indirectamente con parámetros de "capacidad económica", que es lo que se exige para determinar la imposición de la cuota diaria en la imposición de la multa.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con las debidas garantías (art. 24.2 Constitución).

Señala el recurrente que "durante la fase de instrucción no se tuteló el derecho a un procedimiento con las debidas garantías (art. 24.2 CE) por cuanto el investigado a través de esta defensa Letrada no pudo accionar la práctica de diligencias preconstituidas relacionadas con las menores, más allá de la declaración testifical del padre, ya que ni las menores declararon, ni las menores fueron examinadas por el Médico Forense, ni las menores fueron medidas para saber su altura o pesadas para saber su peso". Desde luego, no se especifica por qué tuvieron que ser reconocidas por el médico forense si no había elementos suficientes para ello, ni por afectación psicológica, ni física.

No obstante, hay que señalar que la circunstancia de que se hubiere practicado la declaración del padre como prueba anticipada no impide que si es posible pueda declarar el día del juicio oral por videoconferencia, sistema perfectamente válido y admitido en el proceso penal. Hay que recordar que, como señala la doctrina, hay que destacar la existencia en esta fase de investigación de la instrucción de distintos tipos de actividades, unas de naturaleza jurisdiccional, que serían reservadas al Juez, como las resoluciones sobre medidas cautelares y restrictivas de derechos o acerca de la valoración de la prosperabilidad o fundamento de la acusación y las relativas a la práctica de la prueba anticipada, y otras que no tendrían ese carácter jurisdiccional y que estarían dirigidas a descubrir la autoría o los hechos en que fundar la acusación o a descubrir cuáles son las fuentes de prueba de que se dispone. Pero la prueba, la verdadera prueba a la que se debe hacer referencia en cuanto a la posible vulneración a un proceso con las debidas garantías son a las del plenario, que son las que tienen la verdadera naturaleza de prueba determinante de la condena en las de cargo, o las de descargo para destruir el valor probatorio de las de la acusación.

La actividad meramente investigadora de la fase de instrucción se integra por diligencias que tienen en común que carecen de la condición de prueba.

Se apunta en torno al objeto de la fase de instrucción que la separación del proceso penal en fases atribuye a la de instrucción, como objeto de la misma, la investigación de los hechos, la identificación e imputación de los posibles responsables, la localización y conservación de las pruebas del delito, la imposición de medidas cautelares personales y reales, y la determinación de la pertinencia de abrir juicio oral o archivar la causa. Por ello, que determinadas diligencias no se practiquen en la fase de instrucción no suponen una vulneración del derecho a un procedimiento con las debidas garantías, no teniendo la relevancia para conseguir alterar la valoración de la prueba la exacta medición de la estatura de la víctima, si el acto del tocamiento puede realizarse en cualquier caso, y más con una niña de 14 años, que no se trata de una menor de esta edad, aunque no evita o impide que el abuso sexual se pueda perpetrar en la forma en la que se llevó a cabo, y más en las condiciones que se describe en la situación de aprovechamiento del carácter público y concurrido de ese tipo de eventos.

La mención acerca de si un testigo no declaró en la fase de instrucción y lo hace en el plenario no tiene la pretendida vulneración de derechos fundamentales, ni tampoco que un testigo declare como prueba preconstituida y que, luego, pueda declarar por el sistema de videoconferencia el día del juicio oral, si por razón de su residencia le es complicado el desplazamiento y se puede recurrir al sistema previsto en el art. 731 bis LECRIM , que señala que:





"El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 LOPJ".

Además, la Ley 13/2003, de 24 de octubre, que es la que introdujo la videoconferencia en los juicios orales, añadió en el apartado 2º del art. 229 LOPJ que:

2. Las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley".

Y en el apartado 3º que:

"Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o Tribunal.

En estos casos, el secretario judicial del juzgado o Tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo".

Debemos recordar que el art. 777.2 LECRIM señala que: *2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.*

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

Además, el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, cuya ratificación ha sido autorizada mediante LO 6/2000, de 4 de octubre (BOE de 5 de octubre de 2000) incorpora entre sus previsiones algunos preceptos que abren la puerta a la práctica de actos procesales conforme a las nuevas tecnologías. Del mismo modo, ya lo avalaron el Convenio de la Unión Europea relativo a la asistencia judicial en materia penal celebrado por Acto del Consejo de 29 de mayo de 2000, o la Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal.

Y que ya antes de la Ley 13/2003, a mayor abundamiento, no podemos olvidar que la Instrucción 3/2002 de la Fiscalía General del Estado vino a señalar sobre esta cuestión que: "La propia Instrucción 1/2002 cita diversos preceptos legales en los que se contempla la posibilidad del uso de las nuevas tecnologías en el proceso. De entre ellos debe destacarse el art. 230.1 LOPJ, con arreglo al cual "... los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación", añadiendo que "La exigencia de una razón que justifique la opción por el empleo de medios telemáticos se halla presente con mayor claridad en algunos ejemplos de derecho comparado. Así, por ejemplo, en el caso de Italia, la ley núm. 11, de 7 de enero de 1998, condiciona el empleo de medios técnicos que garanticen la audición a distancia, tanto a un listado predefinido de infracciones, como a la peligrosidad que se derive de la gravedad de los delitos imputados (art. 146 bis). Más recientemente la ley francesa de 15 de noviembre de 2001 ha llevado a cabo una modificación del Code de Procédure Pénale, aceptando la utilización de videoconferencia siempre que "... les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient..." (art. 706-71)."

Pero si en el día del juicio puede declarar por videoconferencia es preferible esta opción si la tecnología permite esa presencia por videoconferencia del testigo el día del plenario, ya que no existe vulneración procedimental por este uso de la videoconferencia que supone la presencia física del testigo en el plenario concurriendo, pues, la intermediación de la práctica de la prueba en el plenario con la "concentración" de la misma en el juicio oral, y es lo que ha permitido al Tribunal formar su criterio y convicción acerca de la credibilidad de los testigos y la comparación de las pruebas. Pero no puede achacarse a la no práctica de diligencias instructoras vulneración



alguna por tener la fase de instrucción una finalidad propia y específica que no puede ser ensanchada por el recurrente más allá de lo que constituye su verdadera y propia naturaleza.

Hay que recordar, también, que, como señala la doctrina, la videoconferencia no es más que un instrumento técnico que permite que la prueba acceda al proceso, una modalidad de práctica de la prueba, de modo que será el medio de prueba de que se trate, y de acuerdo con sus propias reglas, el que deberá ser analizado en cuanto a las garantías que deben concurrir en su práctica. Y puede asegurarse que la utilización de la videoconferencia y de los demás medios técnicos que establece el art. 230 de la LOPJ no es una posibilidad facultativa o discrecional a disposición del juez o tribunal, sino un medio exigible ante el Tribunal y constitucionalmente digno de protección. Además, incide la doctrina que dentro del proceso penal, se cumplen los principios del proceso, a saber:

1.- Inmediación.

En cuanto a la fase de instrucción, la utilización de la videoconferencia, lejos de suponer un obstáculo para la inmediación, permite un mejor cumplimiento de este principio, en cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce del asunto presencie directamente la práctica de la prueba, en los casos de auxilio judicial, tanto nacional como internacional (incluso, en este último caso, posibilitando la directa aplicación de la legislación nacional en la práctica de la diligencia de que se trate).

En relación con el juicio oral, el asunto es aún más sencillo en cuanto, en realidad, se produce una equiparación jurídica de la presencia física con la presencia virtual.

2.- Publicidad.

No existe la más mínima afectación. Más bien pueden mejorar las condiciones de publicidad de las actuaciones judiciales, en cuanto las nuevas tecnologías garantizan la "asistencia" a las actuaciones judiciales de un número mayor de personas y permite seguimiento especializado (prensa) en mejores condiciones.

3.- Principios de oralidad, concentración y unidad de acto.

No existe la más mínima afectación en cuanto, como anteriormente se ha indicado, existe una equiparación jurídica entre la presencia física y la virtual.

4.- Contradicción.

El principio de contradicción está asegurado en cuanto las posibilidades de interrogatorio y contrainterrogatorio son exactamente iguales para las partes con la presencia física del acusado o del testigo que con la virtual.

Es cierto que colocar al testigo inmerso en la parafernalia formal de la justicia, en cuanto aumenta la tensión o presión ambiental, es un método para asegurar que se aproxima más a la verdad en su declaración, mientras que en un lugar remoto podría hacerle disminuir la importancia de la situación, o hacerle sentir más seguro.

Pero también puede argumentarse justamente lo contrario: muchas veces los medios electrónicos pueden revelar más acerca de la credibilidad y honestidad de un testigo que lo que puede descifrarse físicamente y en directo (puede visualizarse varias veces el testimonio, desde diferentes ángulos, puede aumentarse la imagen, etc.).

Esta Sala del Tribunal Supremo ha venido avalando con reiteración esta opción del uso de la videoconferencia en el plenario desde la aprobación de la Ley 13/2003 con testigos y peritos (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencias de 5 de enero y de 27 febrero de 2007 .

Incluso, como apunta la STS 1215/2006 de 4 de diciembre "Para que la víctima o testigo pueda declarar por videoconferencia no es preciso que se le haya otorgado el estatuto de "testigo protegido".

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento a ser enjuiciado sin dilaciones indebidas (art. 24.2 Constitución).

El motivo figura como renunciado.

SEXTO.- 5.- Acogido a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por vulneración del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 Constitución).

Se reclama poder conocer si las menores han sufrido algún tipo problema de salud mental con motivo de los hechos denunciados, y de ahí que se solicitara el reclamo de los historiales médicos de las dos menores. Y que la pericial médica sobre las dos menores era necesaria, pertinente y útil con el fin de emitir un dictamen pericial, previo examen de las dos menores y del historial clínico de ambas, sobre los siguientes extremos:

- 1.- Las menores fueron conscientes del supuesto abuso sexual padecido el día de autos por parte del acusado.
- 2.- Si las menores notaron el órgano sexual masculino del acusado el día de autos.
- 3.- Si las menores han padecido daños psicológicos por los hechos objeto de acusación.
- 4.- Cuestiones derivadas.

Sin embargo, debe entenderse que estas pruebas no son pertinentes, porque ya la única menor sobre la que se construye la acusación señala lo expuesto anteriormente, por lo que ya fue suficiente su declaración sin mayores aditamentos periciales sobre un extremo sobre el que no se precisa de una pericia, porque, además, no se trató de percibir si en su declaración fabula, o no, sino que dijo lo que recuerda y lo que sintió. No obstante, ya se ha expuesto que el hecho descrito como probado en base a la convicción del Tribunal determina la comisión del delito de abuso sexual.

Pues bien, con respecto a las pruebas propuestas hay que recordar que:

1.- Explicación de las razones que afectan al ejercicio del derecho de defensa por la no admisión o no práctica de la prueba.

Es esencial que, ante la no práctica de la prueba propuesta y admitida, o ante la propuesta al inicio del juicio oral por la vía del art. 786.2 LECRIM la parte explique y exprese las razones que infringen el derecho de defensa, a fin de acreditar que la prueba era "necesaria", o si se trataba de la propuesta al inicio del juicio, además, "pertinente".

Como señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1373/2009 de 28 Dic. 2009, Rec. 703/2009 "de no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, ya que **el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca a meras infracciones de legalidad que no hayan generado una real y efectiva indefensión.**

En tal sentido, SSTs 1092/94 de 27 de Mayo , 336/95 de 10 de Marzo , 48/96 de 29 de Enero , 276/96 de 2 de Abril , 649/2000 de 19 de Abril , 1213/2003 , 474/2004 , 1545/2004 de 23 de Diciembre , 1031/2006 , 1107/2006 y 281/2009 .

Del Tribunal Constitucional, además de las más arriba citadas, se pueden añadir las SSTC 51/85 de 10 de Abril , 212/90 de 20 de Diciembre , 8/92 de 11 de Junio ; 187/96 de 25 de Diciembre ; 258/2007 ; 152/2007 ó 121/2009 y del TEDH casos Bricmont, Kotovski, Windisch y Delta, entre otros".

Como señalamos, también, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017 "Ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada" era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.

Es carga de la argumentación del recurrente por cuanto se traduce en la doble exigencia siguiente:

- a.- El demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas.
- b.- El hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

2.- La prueba debe ser "necesaria".

Destaca la doctrina que la prueba denegada debe tener el carácter de necesaria, además de los restantes caracteres enumerados [STS núm. 1139/2010 de 24 de noviembre].

Es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión. Alguna resolución señala que la necesidad de la prueba tiene el doble sentido de su relevancia y su no redundancia. No toda prueba declarada pertinente resulta necesaria e imprescindible en el momento de mantener las tesis respectivas de la acusación y la defensa. En la práctica habrá que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción de órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso.



La prueba denegada resulta inoperante cuando el veredicto está basado en el resto de la actividad probatoria desplegada y su carencia no ha suscitado ni movido la operación intelectual que lleva a la decisión impugnada.

Si la prueba denegada resulta desvalorizada y sin trascendencia no se llega a producir vulneración del derecho a utilizar todos los medios de prueba que se estimen pertinentes y no se habrá producido una verdadera indefensión de la parte afectada.

No es la prueba pertinente indebida denegada sino la prueba necesaria indebidamente denegada la que puede dar lugar a la indefensión con relevancia constitucional [STS núm. 771/2010 de 23 de septiembre].

3.- Diferencia entre prueba pertinente y necesaria.

a.- Prueba pertinente es la que es oportuna y adecuada en relación al objeto del asunto a debatir en el juicio oral. Ya debemos advertir que solo se produce la lesión al derecho constitucional de proponer pruebas cuando las inadmitidas sean, además de pertinentes, necesarias. El juicio de pertinencia, es un juicio previo del Tribunal sobre el medio de prueba cuestionado, **el juicio de relevancia es un juicio a posteriori**, sobre la necesidad de la prueba a la vista del acervo probatorio existente (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1373/2009 de 28 Dic. 2009, Rec. 703/2009).

b.- Prueba necesaria es la que se manifiesta como indispensable y forzosa, y por tanto relevante en relación a la solución dada al caso enjuiciado y que por ello debió ser conocida por el juzgador para formar su convicción en relación a la decisión adoptada.

Respecto del juicio de pertinencia no ocurre lo mismo con el juicio de relevancia o de necesidad que supone un doble enfoque:

b.1.- Uno relativo a los requisitos formales necesarios para su práctica e impugnación y

b.2.- El aspecto material relativo a la potencialidad de la prueba denegada para poder haber tenido incidencia en el fallo.

El aspecto formal se refiere a la proposición de la prueba temporáneamente, y en su protesta en caso de desestimación. Pues bien, tratándose de testigos, además de la protesta, que consta en el acta del Plenario, es lo cierto que no se hicieron constar las preguntas que se le iban a formular al testigo, lo que constituye el presupuesto para poder analizar su necesidad, cuando de la cuestión conoce esta Sala casacional. En efecto, si no se argumenta sobre su necesidad por el proponente de la prueba, se priva a esta Sala de disponer de los argumentos correspondientes para adoptar la decisión correspondiente.

4.-La prueba debe ser entendida como "relevante".

Señala la doctrina que la relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia. No obstante, aun pertinente una diligencia de prueba, cabe la denegación de una prueba propuesta cuando sea innecesaria, si la prueba producida ha alcanzado una fuerza de convicción que no pueda ser conmovida en forma alguna por las declaraciones del testigo ausente.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas, sino también las demás pruebas ya practicadas y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

Como quiera que el derecho a la prueba no tiene un carácter absoluto o ilimitado, no se produce menoscabo de su garantía por la inadmisión de algún medio probatorio propuesto en aplicación estricta de las normas legales (STC 246/2000). Y además y como sostiene la STC 35/2001 , tampoco toda irregularidad procesal en materia de prueba conduce a entender producida en todo caso una lesión del derecho de defensa en el sentido de comportar una indefensión efectiva.

5.- La prueba debe ser "posible".

Es preciso que sea "posible" la práctica de la prueba propuesta, como exigen las Sentencias de 23 de abril de 1992 y de 7 de febrero de 1995 , y como reitera la de 21 de marzo de 1995 "en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional





a un juicio sin dilaciones indebidas" (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017).

6.-Debe explicarse la influencia que tendría o hubiera tenido la prueba en el juicio.

Sin embargo, deberá estimarse la alegación por infracción del art. 850.1.º LECrim . cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito.

7.-La trascendencia de la inadmisión.

La clave en la no práctica de una prueba se centra en lo que se denomina *la trascendencia de la inadmisión a los efectos del ejercicio del derecho de defensa*.

Debe, por ello, explicarse en el recurso cuál fue la trascendencia de la inadmisión, o de qué se privó a la parte probar que hubiera sido "decisivo" a la hora de conseguir un fallo distinto al que se dictó.

Así, como ya explicamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 645/2017 de 2 Oct. 2017, Rec. 2291/2016 , "ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.... carga de la argumentación que se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa".

Se ha explicitado que las pruebas que cita el recurrente no tenían una trascendencia en la decisión final por su irrelevancia ante la forma de ocurrir los hechos.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Por quebrantamiento de forma, acogido a los arts. 850.3º LECrim ., por haberse denegado la admisión de medios de prueba documental relativa a reclamar los historiales médicos de las dos menores inicialmente presuntas víctimas y pericial psicológica sobre las dos menores.

Este motivo está relacionado con el anterior, y debe desestimarse de igual modo, ya que resulta evidente que se ha recogido que el propio padre de las menores manifiesta ante el Juzgado de Instrucción que éstas no se percataron de la conducta del acusado, por lo que las pruebas rechazadas nada podían aportar al esclarecimiento de los hechos. Además, no consta en los hechos probados ninguna afectación psicológica de las menores, o una de ellas, finalmente, e, incluso, se retiró la petición de indemnización en materia de responsabilidad civil, por lo que nada podría arrojar o atraer el carácter de pertinencia y necesidad las pruebas propuestas tal y como había declarado la menor.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 7.- Por quebrantamiento de forma, acogido al art. 851.1º LECrim ., al no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos probados.

Entiende el recurrente que "En el caso que nos ocupa entendemos que de la declaración de hechos probados no puede concluirse que exista un ataque contra la indemnidad sexual de la menor. Y cuestiona que ello se desprenda de la constancia en los hechos de la mención siguiente: "...con ánimo de satisfacer su apetito sexual, se colocó detrás de la menor Adelaida ., procediendo rozar con su zona genital el cuerpo de la menor, realizando movimientos pélvicos".

Sobre este motivo casacional hay que señalar que apunta la doctrina que en el proceso penal sólo la falta de claridad en los hechos probados se recoge como vicio de quebrantamiento de forma con remedio casacional. El art. 851.1º previene tal defecto en su inciso primero. Y así, la jurisprudencia coincide en apreciarlo cuando por ambigüedad o deficiente redacción resulta muy difícil o imposible conocer lo que el tribunal considera acreditado. Se discrepa, por el contrario, en cuanto a la mera omisión de datos. En este punto, parece ir ganando posiciones la opinión a cuyo tenor esas ausencias condicionarán la posterior aplicación de los preceptos penales, pero no afectarán por lo general a una narración histórica cerrada y comprensible en sí misma. Conforme a dicho criterio, sólo a través del error de hecho en la apreciación de la prueba como motivo casacional por infracción de Ley cabría completar la narración con otros datos relevantes en el marco de la contienda jurídica. Pero no puede confundirse este motivo casacional con afectación a valoración de prueba o infracción de ley, como luego señalamos, porque la falta de claridad debe quedar patente en el relato histórico.





Y falta de claridad, no es oposición, o discusión del recurrente, sobre su conformidad acerca de cómo consta construido el relato de hechos probados en base a la prueba practicada y que éste considera como de descargo en la defensa de sus planteamientos.

Este motivo está directamente relacionado con el art. 142.2 LECRIM en cuanto exige que la sentencia contenga una declaración expresa y terminante de los hechos que se estimen probados.

Los requisitos que se destacan por la doctrina que deben concurrir son los siguientes:

1.- Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de incomprensión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico, o por la mera descripción de la resultancia probatoria sin expresión de lo que se considera probado.

2.- La incomprensión del hecho probado debe estar causalmente relacionada con la calificación jurídica de la sentencia, pues al constituir la primera de las premisas del fallo, la falta de claridad debe suponer que no existe un enlace entre el hecho y la fundamentación de la subsunción.

3.- La falta de claridad, por incomprensión y falta de entendimiento debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos.

Ello se destaca en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 168/2016, de 2 de Marzo en cuanto "Existe falta de claridad cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que la haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara probado, o bien por contener el relato de la sentencia unos hechos construidos de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal lo está declarando probados, o no. Y ello, conlleve la imposibilidad de que se puedan calificar los hechos jurídicamente".

Ahora bien, no concurre este defecto cuando se trata de omisiones que alega el recurrente respecto a lo que él entiende que se debió declarar probado, ya que ello no entra en el terreno de la vía impugnativa del art. 851.1 LECRIM .

La crítica que realiza el recurrente en este motivo pertenece más a la vía impugnativa de la presunción de inocencia por ausencia de prueba, o bien por la incorrecta interpretación de los requisitos exigidos en el tipo penal para la correcta subsunción del hecho en el art. 181 CP . Porque la referencia a no expresar claramente los hechos probados no es un defecto que tenga la sentencia, cuando el relato descrito, del que disiente el recurrente, construye un claro delito de abuso sexuales al incluir el ánimo libidinoso en la conducta del recurrente y un relato de hechos que se conecta técnica y jurídicamente con un delito de abuso sexual.

Se pone de manifiesto el elemento intencional en la acción y el contacto y rozamiento de la parte genital del recurrente con el cuerpo de la menor con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales.

En cualquier caso, hay que poner de manifiesto que el vicio cuestionado no concurre en el presente caso puesto que en la sentencia se expresa clara y terminantemente los hechos probados. Otra cosa es que el recurrente no esté de acuerdo con esa redacción, pero ello no forma parte del contenido propio del art. 851.1 LECRIM . Así, la conexión de la prueba practicada con su reflejo en el relato de hechos probados y las diferencias que pueda entender el recurrente en las declaraciones de las víctimas, o la concurrencia del dolo, o no, en la descripción del delito no forman parte del contenido impugnativo del art. 851.1 LECRIM , ya que la redacción de los hechos probados en este caso es correcta, y de ella se desprende, luego, la subsunción correcta de los hechos en el tipo penal por el que se ha condenado al recurrente. En la sentencia, y derivado del relato de hechos probados, que está correctamente detallado, se declara probado que el acusado, actuando con el ánimo de satisfacer su apetito sexual, se colocó detrás de la menor, procediendo a rozar con su zona genital el cuerpo de la misma, lo que implica la realización de actos de contenido sexual sin consentimiento de la víctima.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 8.- Por infracción de ley acogido al ordinal 2º del art. 849 LECrim ., por errores en la apreciación de la prueba, basados en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Tribunal sentenciador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Incongruencia omisiva fáctica.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004 , donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obran en autos", que tales documentos demuestran la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues,





en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim . puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991 ; 22 de septiembre de 1992 ; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996 ; 11 de noviembre de 1997 ; 27 de abril y 19 de junio de 1998 ; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan, por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediatez la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTs. 28.1.2000 , 1006/2000 de 5.6 , 1701/2001 de 29.9).

Están excluidos, por regla general, la ampliación de la inspección ocular, y las declaraciones del imputado en fase sumarial y en el juicio oral no son pruebas documentales. Así no son documentos, recuerda la S. 1532/2004 de 22.12, los atestados policiales, las actuaciones de las partes que constan por escrito en el procedimiento y las resoluciones judiciales, y si bien con carácter excepcional se ha admitido el valor documental del acta que refleja la diligencia de inspección ocular, y reconstitución de hechos, solo lo es en cuanto a los datos objetivos que en ella se contienen, pero no en relación con las manifestaciones que allí consten (SSTs. 4.3.86 , 17.1.92 , 22.7.96 , 23.1.98), sin olvidar que no es suficiente sobre la base del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal sentenciador, es preciso, por el contrario que el documento (en este caso la ampliación de la inspección ocular) revele de forma clara un error del Tribunal; bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que en ambos supuestos sea la única prueba sobre este extremo (STS. 524/2003 de 9.4).

En la jurisprudencia de esta sala sobre el concepto de documento a efectos casacionales no se han considerado documentos aptos para acreditar la existencia del error en la apreciación de la prueba los siguientes casos, que son considerados documentos inidóneos a los efectos casacionales, al calificarse de pruebas personales documentadas que no tienen el carácter de ser externas a la causa, a la mayoría de diligencias sumariales generadas en el propio ámbito interno del proceso penal, tales como las declaraciones de los acusados, de los testigos, las pruebas periciales aunque con excepciones, incluso las escrituras públicas o las sentencias judiciales. La razón está en que son pruebas sometidas al principio de inmediatez del Tribunal de instancia, y a la libre valoración de la prueba en conciencia por el juzgador, por lo que generalmente, escapan al control y revisión del Tribunal de casación.

En otros casos, el motivo de su inidoneidad se debe a que el documento carece de literosuficiencia, pues al necesitar de otro complemento y apoyo probatorio para la demostración del error, el documento se revela insuficiente y dependiente, alejado de la autonomía que se requiere.

Con ocasión de este motivo se citan una serie de documentos, como el atestado, la hoja histórico-penal en la que no constan antecedentes del acusado, la declaración del padre de los menores y el informe de los detectives sobre el alto nivel de concurrencia de personas en la zona del mercadillo; documentos que se asegura acreditan varios extremos esenciales que han sido omitidos en el relato fáctico y revelarían la inocencia del acusado. No obstante, el vicio alegado impugnativo no puede prosperar, habida cuenta que





los documentos señalados, a tenor de la Jurisprudencia expuesta, o bien no tienen naturaleza documental a efectos casacionales, o bien carecen de la literosuficiencia que se exige en la vía del error de hecho empleada.

No se trata de documentos con literosuficiencia para fundar este motivo. Además, se trata de documentos que no permiten la exclusión del proceso valorativo al que ha llegado el Tribunal en torno a la comisión del delito de abusos sexuales. Cuestión distinta es que el recurrente esté en contra del proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal. Además, extremos como si la víctima y autor iban vestidos, o que la zona está concurrida, o el informe del detective, son extremos obvios tenidos en cuenta, pero que no impiden la comisión del hecho delictivo, apreciada su existencia por otros medios probatorios, como así ha constatado el Tribunal.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 9.- Por infracción de ley, acogido al art. 849-1º LECrim ., por inaplicación indebida del art. 181.1 y 181.5 del Código Penal .

Señala el recurrente que "el hecho descrito como probado "se colocó detrás de la menor...procediendo a rozar con su zona genital (evidentemente vestidos, lo añade esta parte recurrente) el cuerpo de la menor, realizando movimientos pélvicos" no conlleva la aplicación de los preceptos legales del CP 181.1 y 181.5 CP. En efecto, no todo acto de tocamiento conlleva la aplicación de la figura del abuso sexual, y en el caso que nos ocupa estamos ante rozamientos escasamente invasivos, y de los que la propia víctima no se percató. A nuestro modo de ver no estamos ante un delito de abuso sexual, por cuanto no hay ataque al bien jurídico protegido".

Nos encontramos, de nuevo, con el distinto parecer del recurrente con el proceso de valoración de la prueba llevado a cabo por el Tribunal. Pero el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal es acertado y correcto. No existe el pretendido error, ya que el tipo penal sanciona al *que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona*. Y en este caso la conducta descrita en el hecho probado antes citada sí que encierra la perfecta subsunción en este tipo penal.

En este caso concreto, los hechos probados ya expuestos tienen una clara significación sexual evidente, y que se cometen valiéndose de la víctima, que en el momento de los hechos tenía 14 años, aunque la edad penal estaba en 13 años, y realiza el acto sin su consentimiento, aprovechándose de la aglomeración que había, que más que un elemento exculpatario que alega el recurrente opera, como una circunstancia tendente a "justificar" su conducta, o "aprovecharse" de ello para culminar su dolo y verdadera intención, y que sin duda, sin ello, la víctima no hubiera prestado su asentimiento de haberse dado cuenta de la conducta del acusado. Habiéndose valorado en la sentencia la entidad de tales hechos y las circunstancias concurrentes a la hora de determinar la pena, pues se ha optado por la de multa en lugar de la de prisión, imponiéndola en su grado mínimo.

El relato de hechos probados, que resulta intangible, y que deriva de la prueba practicada, determina que el acusado "con ánimo de satisfacer su apetito sexual, se colocó detrás de la menor Adelaida ., de catorce años, procediendo a rozar con su zona genital el cuerpo de la menor, realizando movimientos pélvicos".

Con ello, resulta irrelevante que se hiciera el acto con la ropa puesta, ya que el delito de abuso sexual no exige en modo alguno que el acto se realice con el sujeto activo y pasivo despojados de ropa, ya que en muchas ocasiones se cometen con ropa al tocar las zonas sexuales de la víctima el autor del delito.

Describe el Tribunal en su fundamentación jurídica que "el Sr. Isidoro procedió el día 07/08/14 a colocarse con su cuerpo pegado a la menor Adelaida ., realizando movimientos pélvicos, similar a lo que sería el acto sexual".

El recurrente pretende exculparse en virtud de la aglomeración del momento y lo trata de probar con el informe que presenta, pero ello no le exonera de responsabilidad, por cuanto el Tribunal destaca que la aglomeración "no explica ni puede justificar que como consecuencia de la cantidad de personas que puedan estar viendo las paradas del mercado, por parte del Sr. Isidoro proceda a colocar su cuerpo rozando al de la menor y a la vez realice unos movimientos pélvicos de contenido evidentemente sexual. Los referidos movimientos y rozamientos con el cuerpo de la menor fue constatada por el padre de la menor, que relató como el acusado realizaba unos movimientos de rozamiento con su hija como si fuera unos movimientos pélvicos que pudieran visualizarse como hacia arriba y hacia abajo, extremo este que nos ha quedado como tal acreditado, por lo que se refiere a ese movimiento de rozamiento".

Además, en cuanto a la posición en la que se encontraba su hija el padre declara al respecto, -lo que se conecta con la innecesariedad de la prueba que planteó en la instrucción de la altura de la menor- que "su hija era bajita en aquella fecha, pero que estaba desarrollada como mujer y que los genitales del Sr. estaban a la altura del culo de su hija".

Con ello, nos encontramos con una niña de 14 años, desarrollada, y que no impide la ejecución del acto de contenido sexual que relata el padre y que visualizó, éste, de una manera clara y descriptiva. Quizás, la menor





edad de la menor en este caso, y el contexto de la aglomeración no le permita, sin embargo, a ella, detectar o comprender el alcance de los actos libidinosos llevados a cabo por el recurrente, pero sí recoge el Tribunal que Adelaida . al sentir el cuerpo detrás de ella, pensó que era normal por la gente que había en el mercadillo, notó todo el cuerpo, no recordando si notó los genitales. Que estaba pegado a ella, que fue ella quien lo sintió detrás. Vio el pantalón mojado.

Y respecto al testigo se recoge que Mateo el cual confirmó efectivamente como el acusado, al cual lo reconoció en el propio plenario, si bien en lugar de rozamiento indicó que **el acusado procedió a apoyar la zona genital del mismo con los glúteos de la menor, haciendo referencia a tal hecho en diversas ocasiones durante su declaración y utilizando también diverso léxico**, así en, concreto indicando **que lo vio pegado al acusado a la niña, arrimado. Indicó también que el acusado tenía el pantalón manchado en la zona de la cremallera**".

Ello evidencia que la motivación del Tribunal en cuanto al acto del tocamiento de las partes genitales del recurrente con la zona erógena de la niña es un hecho constatado que queda probado.

Lo que se sostiene, de algún modo, por el recurrente es la "irrelevancia o inconsistencia sexual" del acto del recurrente. Pero la convicción del Tribunal es evidente ante la claridad expositiva del padre ante la forma de ese acercamiento y forma en que se arrimó a la niña, la versión que da el testigo visual del hecho y la confirmación de que estaba pegado a ella con todo el cuerpo, al punto de exponer que estaba pegado a ella "con todo el cuerpo", lo que se conecta con la declaración del padre, e incide el Tribunal en el "aprovechamiento" de la aglomeración para llevar a cabo un acto de contenido sexual aprovechando la situación de la edad de la menor, lo que, quizás, con una mujer adulta hubiera provocado que ésta se volviera con una reacción distinta de la que tuvo la menor, al percatarse de una forma más consciente del acto sexual del movimiento del recurrente, más allá de un mero contacto, y de lleno en un ilícito penal de contenido sexual.

El recurrente, por ello, elige y selecciona a quien, posiblemente, no le va a marcar oposición seria y consciente acerca de lo que estaba haciendo, dada la edad de la menor, circunstancia que, como decimos, hubiera sido radicalmente distinta en una mujer.

Con ello, frente a las pruebas citadas por el recurrente en relación a:

- 1.- No estaban desnudos.
- 2.- Había aglomeración de personas, lo que ayuda al "aprovechamiento de la acción".
- 3.- No era preciso informe forense de credibilidad o fabulación o afectación psicológica, por cuanto no es hecho reconocido.
- 4.- Pericial respecto a los antecedentes del recurrente, que es irrelevante, por cuanto que no consten no impide la conducta ilícita.
- 5.- La altura de las menores es irrelevante al permitirse el contacto y rozamiento en la medida de la altura de la zona genital del varón al tratarse de una niña de 14 años ya, y, como declaró el padre *que estaba desarrollada como mujer y que los genitales del Sr. estaban a la altura del culo de su hija*.

Pues bien, con respecto al alegato del recurrente de que *no todo acto de tocamiento conlleva la aplicación de la figura del abuso sexual, y en el caso que nos ocupa estamos ante rozamientos escasamente invasivos, y de los que la propia víctima no se percató* hay que recordar que esta Sala ha señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 396/2018 de 26 Jul. 2018, Rec. 2194/2017 que:

"La naturaleza sexual de la acción del recurrente y el ánimo tendencial de la misma, el hecho, aun cuando hubiera sido momentáneo, sería subsumible en el delito de abuso sexual del artículo 181 CP y no en el delito leve de coacciones castigado en el artículo 172.3 CP .

La sentencia de esta Sala a la que alude la recurrente en su recurso y que podría apoyar esta última calificación, se enmarca en una línea jurisprudencial que ha de considerarse superada en el siguiente sentido.

Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena".

Pues bien, hay que señalar que en este caso no era precisa ni necesaria la posición del recurrente en un acto de rozamiento tan cercano que llevara a la víctima a señalar que lo tenía pegado "con todo su cuerpo", conectado con la versión del padre, ante el posible desconocimiento de la menor del alcance de la conducta del recurrente que después de verse sorprendido, debemos notar que le detectan tanto la menor, como el padre y el testigo que estaba manchado en la zona de la cremallera, lo que se conecta con la ejecución de su acto de contenido





sexual que describió con detalle el padre, aunque lo fuera por videoconferencia, pero ello, ya hemos precisado que no resta valor de prueba a su declaración, ni, en consecuencia, credibilidad. Además, en estos casos, el ánimo libidinoso no puede convertirse en la necesidad de "fotografiar" gráficamente, o exteriorizar la intención del autor, sino que este ánimo se deduce o infiere de la forma de ejecución del acto, momento y lugar, y resulta evidente que este tipo de hechos tienen su máxima expresión en las circunstancias del "aprovechamiento" de lugares tumultuosos, y que en este caso tienen el aditamento de realizarse con niñas de edades, como en este caso, en las que, posiblemente, no se den cuenta del alcance sexual del tocamiento, y que les permita excusarse, en el caso de ser detectados, en la propia aglomeración de la gente. Sin embargo, no es preciso llevar a cabo esta conducta de tanta proximidad que le llevó a efecto en el acto de la absoluta conexión del cuerpo del recurrente con el de la niña y que fue visto por el padre y por un testigo ajeno a la familia, lo que dota de credibilidad a la declaración del padre que no tiene por qué ser fabulada, y que, además, dio lugar a una reacción instintiva al ver el gesto que estaba realizando el recurrente, lo que consta en el hecho probado de la siguiente manera: *"Advirtiendo dichos hechos el padre de la menor, se aproximó y cogiendo el acusado de un brazo, lo giró, constatando que el Sr. Isidoro tenía una erección y una mancha en la zona genital de sus pantalones, procediendo a darle un puñetazo"*.

La inferencia que se alcanza en este caso por el Tribunal es correcta en la integración de ese ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, mediante el acto de rozamiento de sus partes sexuales con la menor, lo que, indudablemente, integra un delito de abusos sexuales, y ante la insistencia del recurrente en la nimiedad del acto, o su escaso carácter invasivo, ello ha sido ya reconocido en la denominada "cantidad de pena" impuesta por el Tribunal al optar por la pena de multa y aplicando la rebaja penal ya explicitada.

Debemos entender que el Tribunal alcanza su convicción sobre el ánimo libidinoso o propósito del acusado de obtener una satisfacción sexual a partir de un dato determinante: El acto que se describe como probado carece de cualquier justificación, aunque se trate de una aglomeración.

Y, así, ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 708/2012 de 25 Sep. 2012, Rec. 2073/2011 que: *"En los tipos de abuso sexual el desvalor de la acción estriba en la ausencia de un auténtico consentimiento que pueda considerarse, más allá de la pura aquiescencia formal o exterior, como verdadero y libre ejercicio de la libertad personal dentro de la esfera de la autodeterminación sexual. Sobre ese fundamento común se articulan los distintos supuestos de la acción típica que encierran la común desvaloración de una relación sexual obtenida sin el apoyo de un acto verdaderamente libre por quien solo aparentemente consiente sin ejercer verdaderamente con ello su libertad"*.

El relato que se describe hace referencia al elemento que exige el artículo 181 del CP de que se atente contra la libertad sexual de la víctima. Los tocamientos que se describen tienen un inequívoco contenido sexual y por su propia naturaleza, son idóneos para comprometer aquéllas. Además, se concreta que respondieron al ánimo libidinoso del acusado, es decir, a un propósito por su parte de obtener satisfacción sexual a costa de otro. Y así, como señala el Tribunal, *Se trata de una figura de ataque a la libertad sexual en la que no se produce la imposición coactiva de la conducta, pero ésta se realiza sin mediar consentimiento. En los abusos sexuales existe una conducta determinante del comportamiento sexual, que, en ausencia de violencia o intimidación, admite diversas modalidades, desde el simple actuar sin la voluntad de la víctima, hasta el obtener dicha voluntad mediante el abuso de superioridad o el engaño*.

Debemos recordar lo que expusimos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 615/2018 de 3 Dic. 2018, Rec. 778/2018, al recoger que: *"en esta Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia 396/2018, de 26 de Julio no se trató de un abuso sexual a menores, sino de un acto que podría haberse incardinado en el tipo penal del art. 181 CP, en razón a un caso de tocamiento momentáneo inconsentido con significación sexual"*, significando esta Sala que ello es constitutivo de un delito de abuso sexual. Pero se dictó, también, como en este caso, sentencia absolutoria al resultar los hechos probados insuficientes para aplicar el tipo de abuso sexual pretendido, pues no se aprecian los elementos subjetivos del delito, ya que no estamos en un caso del art. 183 CP, donde no se exige el ánimo libidinoso, sino del art. 181 CP. Además, se hizo mención a la imposibilidad de convertir en sede casacional una sentencia absolutoria en condenatoria, al no poderse modificar los hechos probados, ya que estos no demostraban la comisión de un ilícito penal de contenido sexual al referirse a que *"Al intentar coger la llave del servicio de señoras, la rozó momentáneamente en la zona del pecho y de la cintura"*. Se trata de un hecho que podría haberse incardinado en el tipo penal del art. 181 CP, pero de los hechos probados no se desprende la comisión de este delito en este caso. Pero en la sentencia se recoge que *"de constar en el factum de la resolución recurrida, con la claridad necesaria, la naturaleza sexual de la acción del recurrente y el ánimo tendencial de la misma, el hecho, aun cuando hubiera sido momentáneo, sería subsumible en el delito de abuso sexual del artículo 181 CP y no en el delito leve de coacciones castigado en el artículo 172.3 CP"*. La sentencia de esta Sala a la que alude la recurrente en su recurso y que podría apoyar esta última calificación, se enmarca en una línea jurisprudencial





que ha de considerarse superada en el siguiente sentido. Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena. Cabe destacar en este sentido que el delito de abuso sexual del artículo 181 CP, de conformidad con dicho precepto, puede ser castigado con pena privativa de libertad o con pena de multa 18 a 24 meses. Con ello, y en la misma línea de esta sentencia, los actos de tocamientos a menores en sus órganos sexuales que queden perfectamente descritos en los hechos probados con un evidente contenido sexual no pueden ser calificados en modo alguno como coacciones o vejaciones, sino como delito de abusos sexuales".

Con ello, nos encontramos con actos de contenido sexual, y que no son irrelevantes en base a la doctrina jurisprudencial antes expuesta, y que permiten la subsunción en el tipo penal, aunque encontrando su acomodo penológico en razón a la mayor o menor gravedad del hecho, como ha sido fijado en la sentencia en la determinación de la pena. El tocamiento sorpresivo y fugaz o momentáneo no excluye el abuso sexual, sino que es posible considerarlo como delictivo en el tipo penal de abusos sexuales, apreciando caso por caso, y viendo el contexto del supuesto concreto. Pero es evidente que los actos como los aquí probados no son tan inocuos como propone el recurrente, y por su gravedad merecen el reproche penal aunque con la penalidad impuesta por el Tribunal, al menos.

El motivo se desestima.

UNDÉCIMO.- 10.- Por infracción de ley, acogido al art. 849.1º LECrim., por inaplicación indebida del art. 180.1.3 del Código Penal.

Se impugna la aplicación del indicado subtipo penal agravado, al estimar que en la sentencia solo consta el dato de la edad de la víctima sin aludir a su situación de especial vulnerabilidad.

Hay que recordar que en la sentencia se recoge que *en el presente supuesto, lo que es evidente es que no hubo consentimiento por parte de Adelaida. para que el acusado procediera a tocarle los glúteos y además el mismo se aprovechó que la víctima es especialmente vulnerable, por razón de su edad (14 años).*

El Tribunal aplica la agravación del art. 180.1.3 CP en relación con el art. 181.5 CP por la mayor reprochabilidad penal que existe ante el aprovechamiento de la conducta en casos de especial vulnerabilidad. Y hay que precisar que aunque el hecho se cometa antes de la reforma del CP por LO 1/2015, lo cierto es que la edad de 14 años que consta en el relato de hechos probados es un dato determinante, que se refleja en la fundamentación jurídica, al explicar en este contexto, que concurre una mayor reprochabilidad penal en la conducta de realizar el hecho con una niña de 14 años que puede no llegar a comprender la trascendencia o gravedad para su libertad sexual de ese rozamiento o contacto por encima de la ropa, y aprovechando una aglomeración, el recurrente actúa como lo hizo, lo que evidencia una perversidad en la realización de la conducta al intentar reducir los mecanismos de oposición del sujeto pasivo que, por su menor edad, prestará menos oposición al acto que alega que es inocuo o poco invasivo, cuando las pruebas practicadas sí que demuestran que es más que una mera "invasión corporal" y trasciende a actos de contenido sexual con aprovechamiento de la condición del sujeto pasivo como una niña de 14 años de edad, lo que integra la agravación que impone el Tribunal.

Sobre la aplicación específica de la agravación de la vulnerabilidad del sujeto pasivo esta Sala del Tribunal Supremo ya ha expuesto, en varias sentencias, entre otras, en la del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 384/2018 de 25 Jul. 2018, Rec. 2703/2017 que:

"En aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última por infracción del "non bis in idem" (cfr. SSTS 1357/2005, 14 de noviembre y 131/2007, 16 de febrero, 1357/2005 de 14 de noviembre; 35/2012 de 1 de febrero).

Es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso para acreditar la existencia de la vulnerabilidad, que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio "non bis in idem", al valorarse una misma circunstancia o "modus operandi" dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico y otra para cualificarlo como subtipo agravado, (SSTS. 971/2006 de 10.10, 131/2007 de 16.2.)."

En este caso la edad no se tuvo en cuenta para construir el tipo penal, porque el que se aplica es el del art. 181 CP, no el art. 183 CP, en razón al texto penal aplicable al momento de los hechos, por lo que la vulnerabilidad de una situación de una niña de 14 años en la ejecución de actos de naturaleza sexual, como los descritos en los hechos probados, evidencia que es correcta la aplicación de la agravación del art. 180.1.3 CP al aprovecharse el sujeto activo de la situación de la víctima en razón a su edad, y su menor oposición, pero sin que el concepto de la edad lo hubiera tenido en cuenta el Tribunal para construir la condena.



La situación de la niña de edad de 14 años en el contexto de prevalencia y aprovechamiento en que se describen los hechos parte de un supuesto concreto especificado en los hechos probados que permite establecer tal fragilidad especial.

El concepto de "persona especialmente vulnerable" ha sido integrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias, sobre todo con ocasión del enjuiciamiento de delitos de abusos y agresiones sexuales.

Y así podemos entender por tal:

- Por persona especialmente vulnerable debemos entender "cualquier persona de los sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación con el grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor".

- Para estimar acreditada la situación de vulnerabilidad de la víctima, el Tribunal Supremo atiende a las circunstancias personales de ésta; y, entre otros a las siguientes:

Criterio de la edad de la víctima. También comprensivo de personas ancianas o de edad avanzada.

Situación de enfermedad de la víctima.

Personas privadas de sentido por cualquier causa.

Personas con cierto trastorno mental.

Personas en situación de inferioridad en atención a las circunstancias concurrentes.

Ejemplos los encontramos en las Sentencias del TS Sala 2.ª, 13 de enero de 2004, n.º 14/2004, rec. 1796/2002 y Sala 2ª, 29 de septiembre de 2003, n.º 1222/2003, rec. 1179/2002 .

Pero en el tema de la edad ya hemos precisado que lo que no se puede llevar a cabo es una "duplicidad" del concepto de menor edad para realizar la subsunción del hecho como abuso sexual a menores y, además, aplicar la vulnerabilidad como agravante, pero circunscribiéndolo a la edad del menor. En este caso no opera esta prohibición de duplicidad, por cuanto el recurrente fue condenado por el tipo penal del art. 181 CP que no lleva connotación en razón a la menor edad, pero sí es cierto que la edad de la víctima en este caso fue objeto del aprovechamiento del sujeto para evitar su oposición y favorecer el acto sexual, que él mismo califica de inocuo o poco intensivo, pero que no fue admitido ni compartido por el Tribunal, como se ha expuesto.

En estos casos estima el legislador que la víctima, en razón a sus circunstancias personales edad, enfermedad o al contexto en el que se desenvuelve la situación, dispone de menos recursos para defenderse de los ataques frente a su esfera sexual, y puede que hasta que no sea consciente de ello en su totalidad, como aquí ocurrió, o que no pueda valorar la trascendencia sexual de los actos del sujeto activo, lo que en edades, como la del presente caso, pudiera no alcanzar a valorar o detectar la intención sexual del sujeto con el acto de tener pegado todo su cuerpo en la parte trasera de la víctima, y las consecuencias que ello le produjo, y que fueron visionadas por todos, como se ha explicitado.

En cualquier caso, hay que recordar que la pena impuesta ha sido la de cinco meses y 8 días de multa en atención a las circunstancias concurrentes, con lo que vita la pena que corresponde por este tipo penal y las circunstancias apreciadas por el Tribunal decae el motivo.

El motivo se desestima.

DUODÉCIMO.- 11.- Por infracción de ley, acogido al art. 849.1º LECrim ., por falta de aplicación del art. 21.6 del Código Penal como muy cualificada.

Se recoge en la sentencia que:

"Siendo los hechos por los que se iniciaron las actuaciones de fecha 07/08/14, el auto de Incoación de PA es de fecha 11/08/14, que fue recurrido en reforma y posterior apelación, que fue resuelto por la Sección 4a el 24/09/15; que el escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal es de fecha 02/02/16, el auto de apertura de juicio oral de 06/06/16. El escrito de defensa es de 28/07/16 y la diligencia de constancia remitiendo las actuaciones es de 12/09/16. En fecha 14/10/16 se dictó auto de admisión de prueba. Mediante diligencia de ordenación de 31/10/17 se procedió a señalar el acto del juicio para el 12/03/18. Consideramos que se han producido por lo tanto unas dilaciones Indebidas extraordinarias, si bien de carácter simple".

Con ello, estaríamos hablando de una duración que no llega a los cuatro años y que no merece una mayor consideración de rebaja penal de la atenuante de dilaciones indebidas.

Y ello, por cuanto como se lee en la STS nº 941/2016, de 15 de diciembre :



"En nuestra STS 578/2016 de 30 de junio , con cita de las STS nº 586/2014 de 23 de julio y nº 126/2014 de 21 de febrero recordábamos la doctrina de esta Sala conforme a la cual: Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sean extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que sean desmesuradas. Y en la STS 357/2014 de 16 de abril insistimos: si la atenuante simple exige unos retrasos extraordinarios, para su cualificación, habrá de reclamarse mucho más: una auténtica desmesura que no pueda ser explicada. Atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria ("fuera de toda normalidad"); eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable.

Y entre los criterios que debemos analizar para la constatación de esa desmesura, cabe acudir no solamente, en cuanto a la duración, al tiempo extraordinario desde la perspectiva global del total procedimiento, sino a otros más específicos: como la pluralidad y dimensión de los periodos de paralización o ralentización.

La cualificación también reclama que la falta de justificación sea más ostensible o de mayor entidad que la considerada para la atenuante ordinaria" [...] Para la calificación de la atenuante como muy cualificada, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha contemplado demoras o paralizaciones cuya suma sea superior a varios años. En tal sentido, SSTS 655/2003 para nueve años ; 291/2003 para ocho años , en el mismo sentido 71/2009 ; 883/2009 se refiere a la cuasi prescripción o 238/2010 para cuatro años y ocho meses".

Sobre esta cuestión hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado reiteradamente sobre la diferencia en la determinación y acogimiento de la atenuante de dilaciones indebidas como simple o muy cualificada, y así, por ejemplo, en el Auto de esta Sala 1782/2014 de 6 Nov. 2014, Rec. 1096/2014 se recuerda que: "El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama (SSTS 479/2009, 30 de abril y 755/2008, 26 de noviembre).

La nueva redacción del art. 21.6 del CP , exige la concurrencia de tres requisitos para la apreciación de la atenuante:

- a) el carácter extraordinario e indebido de la dilación;
- b) su no atribuibilidad al propio inculpado; y
- c) la falta de proporción con la complejidad de la causa.

El carácter indeterminado de esas pautas valorativas, confieren utilidad a buena parte del cuerpo de doctrina ya proclamado por esta Sala en el marco jurídico previgente. Lo que está fuera de dudas es que los requisitos que ahora se proclaman de forma expresa en el listado de las atenuantes específicas, sólo adquieren sentido como reglas de valoración referidas al caso concreto. No se trata de claves abstractas para resolver sobre la razonabilidad del plazo, sino de pautas para evaluar, una vez el proceso penal ha concluido, si su duración ha sido o no razonable (cfr. STS 385/2011, 5 de mayo entre otras)".

En el presente caso debemos sujetarnos a lo que se somete a la consideración real y no comparativa, como se pretende, y esto es a lo que el Tribunal de instancia concede -la atenuante simple de dilaciones indebidas- y, al mismo tiempo rechaza -atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas-. Y en este estado de cosas se entiende que el Tribunal ha sido suficientemente explicativo en orden a fijar que no ha sido insensible al paso del tiempo transcurrido, y así lo desgrana con detalle. Y por ello, y ante ello, ha apreciado la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del CP . Sin embargo, no puede apreciarse mayor rebaja punitiva.

Además, recordemos que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado, entre otras, en Sentencia 416/2013 de 26 Abr. 2013, Rec. 10989/2012 que: "En las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio.

Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en:

- a.- Sentencia 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso);
- b.- Sentencia 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación);
- c.- Sentencia 506/2002, de 21 de marzo (9 años);



- d.- Sentencia 39/2007, de 15 de enero (10 años);
- e.- Sentencia 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración);
- f.- Sentencia 132/2008, de 12 de febrero (16 años);
- g.- Sentencia 440/2012, de 25 de mayo (diez años);
- h.- Sentencia 805/2012, de 9 octubre (10 años);
- i.- Sentencia 37/2013, de 30 de enero (ocho años).

Ahora bien, aunque la jurisprudencia se haya manifestado en el sentido de que el periodo global de duración de un proceso ha de ser especialmente extraordinario **para que se aprecie la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, también tiene establecido que en supuestos de procesos cuya duración no alcance los siete años cabe la aplicación de la atenuante como muy cualificada cuando se compruebe que concurrieron varias paralizaciones de la causa alguna de las cuales superó el tiempo de un año .**

De modo que se legitima la cualificación de la atenuante no solo atendiendo al plazo total de tramitación de un proceso (criterio del plazo razonable), sino también cuando sin ser este de una duración singularmente extraordinaria, sí concurren dilaciones concretas que comprenden un periodo importante en concepto de paralización.

Y así, en la sentencia 658/2005, de 20 de mayo , aunque el periodo de duración del proceso en la primera instancia no alcanzó los cinco años, se apreció la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada debido a que **la causa estuvo paralizada en exceso en la Audiencia Provincial, transcurriendo casi tres años entre la fecha de remisión y la celebración del juicio.**

Siguiendo la misma pauta interpretativa, en la sentencia 630/2007, de 6 de julio , se estimó que **una paralización de casi cuatro años en la fase de juicio oral se hacía acreedora a la aplicación de la atenuante como muy cualificada, aunque la duración total del procedimiento no fuera especialmente extraordinaria .** Y en la sentencia 484/2012, de 12 de junio , en una causa con un periodo total de tramitación que no alcanzó los seis años, se estimó que la existencia de varios periodos de paralización, uno de ellos superior a un año, justificaba la aplicación de la atenuante como muy cualificada".

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 586/2014 de 23 Jul. 2014, Rec. 263/2014 se recoge que:

"Como dijimos en la STS 126/2014 de 21 de febrero : Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sean extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que sean desmesuradas. Y en la STS 357/2014 de 16 de abril insistimos: si la atenuante simple exige unos retrasos extraordinarios, para su cualificación, habrá de reclamarse mucho más: una auténtica desmesura que no pueda ser explicada. Atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria ("fuera de toda normalidad"); eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable.

Y entre los criterios que debemos analizar para la constatación de esa desmesura, cabe acudir no solamente, en cuanto a la duración, al tiempo extraordinario desde la perspectiva global del total procedimiento, sino a otros más específicos: como la pluralidad y dimensión de los periodos de paralización o ralentización. Estos aquí se centran en esencia en la duración de una concreta actividad cual es la pericial investigadora contable de los acusados.

La cualificación también reclama que la falta de justificación sea más ostensible o de mayor entidad que la considerada para la atenuante ordinaria. Así, atendiendo a la complejidad como referencia de ponderación, hemos de señalar que aquella diligencia pericial retardataria se vino a añadir a otras diligencias de una causa de por sí harto compleja, como se indicará al examinar el paralelo y contrapuesto motivo de las acusaciones".

Con ello, es preciso poner más el acento en las "paralizaciones" del proceso que en la duración global del mismo.

Pero la duración global no exige ni merece una mayor atenuación penal.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen 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 **DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN**, interpuesto por la representación del acusado **Isidoro**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, de fecha 20 de marzo de 2018, que le condenó por delito de abusos sexuales. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Vicente Magro Servet Susana Polo Garcia

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

