

Roj: **STS 2359/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2359**Id Cendoj: **28079120012017100445**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/06/2017**Nº de Recurso: **1374/2016**Nº de Resolución: **424/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado recurrente **D. Pelayo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cartagena, Sección Quinta, 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Sra. Yustos Capilla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de San Javier incoó procedimiento abreviado con el nº 55 de 2015 contra Pelayo, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta, que con fecha 3 de mayo de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<Se declara probado que el acusado Pelayo, mayor de edad, titular del NIE número NUM000, sin antecedentes penales, sobre las 21:00 horas del día 19 de abril de 2015, en la cerrajería sita en la Avenida de La Estación de Torre Pacheco, perteneciente al partido judicial de San Javier, se encontraba trabajando cuando entraron las menores Crescencia y Julia, ambas de 9 años de edad a dicha fecha, momento en el que preguntó a Crescencia "cómo llevas la hernia", bajándose el vestido entonces la menor para que Pelayo pudiera verla, tras lo que éste le bajó las bragas y le dijo "todavía no tiene pelo, no puedes ser mi novia">>.

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

<<Que debemos condenar y condenamos a D. Pelayo como autor de un delito de abusos sexuales previsto y penado en el art. 183.1 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndole igualmente prohibición de acercarse a menos de 100 metros de Crescencia o comunicar con ella de cualquier modo por un periodo de dos años, así como el pago de las costas causadas. Notifíquese esta sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 248.4º L.O.P.J., haciéndose saber que, en virtud de lo previsto en la L.E.Cr., contra la misma cabe interponer recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la última notificación>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Pelayo**, 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 **D. Pelayo**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:



Primero.- Por infracción de ley, artículos 847 y 849.1º L.E.Cr., precepto de carácter penal de carácter sustantivo: artículo 183.1 del C. Penal.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, artículo 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr. - art. 24.2 C. E., vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó el mismo, solicitando su desestimación y 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 31 de mayo de 2017, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Una más correcta técnica procesal aconseja invertir el orden de resolución de los dos motivos que plantea el recurrente:

1) Infracción de ley (art. 849.1º L.E.Cr.) por indebida aplicación del art. 183.1º C.P.

2) Presunción de inocencia (art. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J.) por vulneración del art. 24.2 C.E.

1. Comenzando por el segundo, el recurrente entiende que no han existido pruebas suficientes que justifiquen la condena por delito de abuso sexual. Considera que la única prueba de cargo eficaz es el testimonio de la víctima. Sin embargo también existió un testigo de excepción, concretamente su hermana melliza Julia, que aun coincidiendo en lo esencial en su testimonio, existió un punto crucial en el que se advirtieron discrepancias, en orden a si el tocamiento del acusado a la menor afectó a la zona de la hernia inguinal o también al órgano genital de la menor.

Al no ser coincidentes los testimonios sobre hechos relevantes, incluso podían calificarse de contradictorios, no pueden constituir base probatoria para sustentar la condena, apostilla el impugnante.

A su vez respecto a la persistencia del testimonio de la ofendida, también se detecta una discrepancia, ya que en la fase de instrucción declaró que le tocó el órgano genital y en juicio lo limitó a la zona inguinal, donde se localizaba la hernia.

2. La supuesta contradicción no es tal, por cuanto, la hermana que está junto a la ofendida puede perfectamente no delimitar (es cuestión de milímetros) si la mano acaricia la zona inguinal o el órgano genital. En tal supuesto el Tribunal de instancia opta por el testimonio más seguro de la ofendida, que pudo ver y sentir la manipulación del sujeto agente.

Observamos, sin embargo, que la objeción única que el recurrente considera no acreditada en su beneficio ha de excluir en la delimitación fáctica del hecho delictivo un aspecto importante. Nos estamos refiriendo, a que, la recurrida en la disyuntiva de considerar probado que el acusado tocó o acarició la zona inguinal de la menor o la zona genital, se inclinó, como más favorable al reo que únicamente tocó la parte del cuerpo de la niña que había sido sometida a una operación, pero resulta que en hechos probados nada de eso se hace constar. Allí se dijo que el acusado "preguntó a Crescencia ¿cómo llevas la hernia?, bajándose el vestido entonces la menor para que Pelayo pudiera verla, tras lo que éste le bajó las bragas y le dijo: "todavía no tiene pelo, no puedes ser mi novia".

A pesar de que la Audiencia en la fundamentación jurídica parece inclinarse por reconocer que el acusado tocó a Crescencia, e incluso el recurrente en su escrito impugnativo reconoce que el acusado confesó ante el instructor que la tocó en el lugar donde había sufrido la operación y que al médico forense así se lo dijo la niña afectada, eso no se hizo constar en los hechos probados. Por lo que ante la más mínima duda de lo que realmente sucedió en este punto, esta sala de casación ha de ceñirse estrictamente al relato probatorio.

3. Salvada esta cuestión y analizado con minuciosidad y detalle las escasas probanzas habidas, la Sala de instancia dispuso de suficiente material probatorio de cargo:

a) En primer término la declaración de la ofendida, que la Audiencia analizó superando los controles que esta Sala viene estableciendo, como instrumentos para descubrir la autenticidad y sinceridad del testimonio de la perjudicada (ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud de la declaración, con existencia de corroboraciones y persistencia y firmeza del testimonio).

b) Con el carácter corroborante o confirmativo de la declaración de la ofendida contó con el testimonio de la hermana melliza que estaba presente cuando ocurrieron los hechos (testigo presencial).



c) Declaración de la madre, a la que inmediatamente después de producirse el agravio entraron las dos niñas en su casa y se lo dijeron a la misma, la cual se desplazó al lugar de los hechos para pedir explicaciones al acusado.

d) Dos testigos, Herminio y Maximiliano que estuvieron cargando un camión en las proximidades de donde sucedieron los hechos, y desde allí vieron entrar a las niñas en el local de cerrajería, en el que trabajaba el acusado, y posteriormente también comprobaron la llegada de la madre de las niñas, que discutió o se enfrentó al acusado, afeando su comportamiento.

e) El médico forense declara como perito, ratificándose en su informe obrante en autos, cumpliendo la entrevista con la niña Crescencia con los criterios de credibilidad de la declaración de menores, ni fabulación, ni interés para obtener algún beneficio.

Por lo expuesto la Audiencia dispuso de suficiente prueba de cargo, que valoró conforme a pautas y criterios de lógica, ciencia y experiencia.

El motivo ha de declinar.

SEGUNDO.- En el motivo primero, con apoyo procesal en el art. 849.1º L.E.Cr ., entiende el recurrente que los hechos no constituyen el delito del art. 183.1º C.P . por el que se le acusa.

1. La reforma del C. Penal por la Ley Orgánica 1/2015 impone la necesidad de que el sujeto activo del delito despliegue una conducta sobre el ofendido que posea "carácter sexual".

La sentencia recurrida sostiene que no es relevante que la conducta tenga "fines sexuales" (ánimo libidinoso) sino que basta con que atente contra la " **indemnidad sexual** " del menor, definiendo este último concepto como "el derecho del menor a no verse involucrado en situaciones de índole sexual en evitación del riesgo que este tipo de situaciones pueda tener para el desarrollo psicológico del mismo".

Así pues -según el recurrente- " **atentar contra la indemnidad sexual del menor** ", como rezaba antes de la reforma L.O. 1/2015 el art. 183.1º y " **realizar actos de carácter sexual con un menor** " según ha quedado establecido después de dicha reforma, constituyen dos redacciones del tipo diferentes que necesariamente han de poseer algún efecto práctico en el plano jurídico.

2. Esta Sala entiende, en sintonía con el certero dictamen del Mº Fiscal, que la reforma de los delitos sexuales contra menores, siguiendo directrices de la Unión Europea (Directiva 2011/93/UE), se ha producido un agravamiento de las penas incrementando el rigor punitivo, lo que permite interpretar que la reforma no ha podido pretender dejar fuera del ámbito de la tipicidad conductas antes consideradas delictivas.

Las sentencias de esta Sala así lo entiende:

- S.T.S. 652/2015 de 3 de noviembre : "...esta modificación legal no afecta al ámbito de comportamientos prohibidos que siguen siendo los mismos"

- S.T.S. 301/2016 de 12 de abril : "..... no debe interpretarse el precepto más allá de una rectificación semántica que no modifica el criterio de esta Sala respecto a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido cuando el menor de edad es el destinatario de un ataque de carácter sexual".

Un dato más que refuerza esta interpretación es que el epígrafe que rotula el Título VIII del Libro II del Código sigue incluyendo una alusión expresa a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

3. La última cuestión que se debe resolver es determinar si constituye delito la conducta, desarrollada en lugar apartado de la vista de los demás y ante la presencia de dos niñas, con el pretexto de visualizar el resultado de una operación inguinal, practicada en Crescencia , a la cual le solicita que le enseñe la parte afectada y ésta se levanta el vestido. A continuación el acusado le baja las bragas, contemplando su zona genital, y haciendo el comentario soez y molesto que los hechos probados refieren, relativo a la ausencia de bello púbico.

A pesar de la escasa gravedad, hemos de partir para su calificación de los siguientes parámetros:

a) No es necesario el contacto material con el menor para que se produzca un abuso sexual (SS.T.S. 1397/2009 de 29 de diciembre y 301/2016 de 12 de abril).

b) En la menor produjo un efecto negativo, perfectamente incardinable en la indemnidad sexual, cuando salió sorprendida y afectada a decírselo a su madre, con el consiguiente disgusto por el atrevimiento de un tercero atacando su intimidad.

c) No es necesario el ánimo libidinoso, aunque la contemplación de los órganos sexuales de una niña de 10 años, puede producir una cierta satisfacción de orden sexual al autor del agravio.



Ciertamente no se nos pasa por alto que la conducta no encierra la gravedad para merecer dos años de prisión como pena mínima, pero tampoco dejemos de valorar que el acusado, en la ocasión de autos, tomó la iniciativa diciendo a la menor que le enseñara la hernia; de nuevo tomando la iniciativa le bajó las bragas contemplando sus órganos sexuales, haciendo el inapropiado y soez comentario a la menor de que "al no tener pelo público, no podía ser su novia".

El motivo debe rechazarse.

TERCERO.- La desestimación de los motivos hace que las costas se impongan al recurrente (art. 901 L.E.Cr .), sin perjuicio de que el recurrente acuda a vías extraordinarias tales como la suspensión de pena o indulto, al objeto de moderar la rigurosa sanción impuesta.

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 recurrente **D. Pelayo** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cartagena, Sección Quinta, de fecha 31 de mayo de 2017 , en causa seguida contra el mismo 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.

Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco