



Roj: **STS 5492/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5492**

Id Cendoj: **28079120012016100942**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2016**

Nº de Recurso: **1137/2016**

Nº de Resolución: **957/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Diciembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de Ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** y por la Procuradora Sra. Rodríguez de la Fuente en nombre y representación de **Heraclio** contra sentencia de fecha dieciocho de abril de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, que condena a Heraclio por un delito continuado de abuso sexual y un delito de abuso sexual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco; interviene como parte recurrida, la Procuradora Sra. Castro Rodríguez en representación de Benita y Luz en nombre de las menores Adela y Leocadia .

### **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de Segorbe instruyó Procedimiento Abreviado 9/2015 contra **Heraclio** por delitos de abuso sexual y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón, cuya Sección Primera (Rollo de Sala nº 61/2015) dictó sentencia en fecha dieciocho de abril de 2016, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*"El acusado, Heraclio, mayor de edad y sin antecedentes penales, durante los años 2013 y 2014, valiéndose de la relación de amistad que su hijo Amadeo tenía con Adela, Beatriz y Leocadia, todas ellas menores de 13 años cuando sucedieron los hechos y debido a la confianza que éstas tenían por tratarse del padre de un amigo, aprovechaba las ocasiones en que acudían con su hijo a su casa, sita en la localidad de DIRECCION000, o bien las llevaba a zonas poco frecuentadas a jugar, donde realizó diferentes tocamientos a las menores.*

*PRIMERO.- En concreto, por lo que respecta a Adela, que en aquellas fechas contaba con 10 y 11 años de edad, el acusado jugaba en casa con ella y con su hijo Amadeo y otras amigas al escondite, momentos que aprovechó el acusado para, con ánimo libidinoso, efectuar tocamientos en la zona vaginal a la menor por determinadas habitaciones de la casa, tanto por encima como por debajo de la ropa, en varias ocasiones, pese a la oposición de la misma.*

*Durante el invierno de 2013 el acusado se llevó a Adela junto a otra de las menores, Beatriz, y su hijo Amadeo a un lugar cercano a la población de DIRECCION000 denominado DIRECCION001, pues les había dicho si querían conducir su coche, y mientras la menor Adela se encontraba sentada encima de sus piernas manejando el volante aprovechó el acusado para, con idéntico ánimo libidinoso, realizarle tocamientos como en anteriores ocasiones, metiéndole la mano por debajo de la ropa.*



Asimismo, en septiembre de 2014, la menor se encontró con el acusado cuando iba con un amigo a casa de su abuela, diciéndole aquél que le acompañara, negándose ella en todo momento hasta que finalmente accedió a irse con él debido a la insistencia. Una vez estuvieron solos, sentados junto a un árbol en las proximidades de la fuente de la referida localidad, el acusado, prosiguiendo en su actuar libidinoso, efectuó de nuevo tocamientos sobre la zona genital de la menor por encima de la ropa.

SEGUNDO.- En relación a Beatriz , que solo contaba con 9 años de edad cuando fue al DIRECCION001 junto con Adela y Amadeo en el coche del acusado, igualmente éste, con la excusa de dejarla conducir su coche, propuso a Beatriz que se subiera en sus piernas para manejar el volante y mientras se encontraba la menor en esa situación el acusado, con claro ánimo libidinoso, le tocó por la pierna y la zona vaginal por encima de la ropa, haciendo el acusado caso omiso a los requerimientos de la menor en el sentido de que apartara la mano.

Respecto de Beatriz , también otro día estaba con su prima y Amadeo en casa del acusado y mientras los dos primeros fueron a recoger algo a la vivienda de al lado le dijo el acusado que se sentada encima de sus piernas, a lo que se negó, pero ante la insistencia de aquél, accedió la menor, momento en que le tocó el acusado de modo leve por el pantalón y al ver que pretendía meterle la mano se cambió a la otra silla llegando al instante su prima y Amadeo , quienes no tardaron ni un minuto.

TERCERO.- Por último, en cuanto a Leocadia , con 12 años de edad, se encontraba uno de los días de vacaciones de Pascua de 2014 en casa del acusado, junto con su hijo Amadeo , Adela y otras menores, cuando en un momento dado el acusado se acercó a la misma y le hizo leves tocamientos externos a través de la ropa, apartándole dicha menor la mano para que no siguiera tocándola, cesando de inmediato en su actitud el acusado.

CUARTO.- Las menores Adela , Beatriz y Leocadia no presentan sintomatología asociada a estos hechos, si bien, por el daño moral inherente a ello, las madres de las dos primeras y el padre de la tercera, como representantes legales que acompañados de las mismas efectuaron las denuncias, reclaman la indemnización que pueda corresponderles".

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

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Heraclio ,

Como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximarse a Adela , a su domicilio, o cualquier otro lugar en que se encuentre y de comunicarse con ella por tiempo de cinco años, contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad, y a que por vía de responsabilidad civil indemnice a ésta en la cantidad de CUATRO MIL EUROS (4.000 ?), con los intereses del art. 576 LEC ; más 1/3 de las costas, incluidas las correspondientes a la acusación particular.

Como autor responsable de un delito de abuso sexual, ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximarse a Beatriz , a su domicilio, o cualquier otro lugar en que se encuentre y de comunicarse con ella por tiempo de cuatro años, contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad, y a que por vía de responsabilidad civil indemnice a ésta en la cantidad de DOS MIL EUROS (2.000 ?), con los intereses del art. 576; más 1/3 de las costas, incluidas las correspondientes a la acusación particular.

Absolvemos al acusado de los demás delitos de abuso sexual objeto de acusación, declarando 1/3 de las costas procesales de oficio".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de Heraclio , 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.-** Los recursos de casación formulados se basaron en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

#### **Ministerio Fiscal**

**Motivo Primero.-** Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por falta de aplicación del art. 183.1 y 74 del Código Penal con respecto a los hechos relativos a la menor Beatriz .

**Motivo Segundo.-** Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación indebida del art. 183.1 del Código Penal respecto de la menor Leocadia .

Heraclio



**Motivo Primero.**- Por infracción de Ley del artículo 849.1 LECr ., en relación con los arts. 24.1 y 2 CE , donde se recoge el derecho a la presunción de inocencia, el artículo 5.4 LOPJ y los arts. 714 y 741 LECr . Todo ello, en relación al delito de abuso sexual del art. 183.1 CP por el que ha sido condenado mi representado.

**Motivo Segundo.**- Por infracción de Ley del artículo 849.1 LECr ., en relación al delito de abuso sexual por el que ha sido condenado mi representado, por indebida aplicación del art. 183.1 CP .

**Motivo Tercero.**- Por infracción de Ley del art. 849.1 en relación con los arts. 714 y 741 LECr ., y con el art. 24.1 y 2 CE . E igual modo existe infracción de Ley del art. 849.2, en la valoración de la testifical de D. Marino .

**Motivo Cuarto.**- Infracción de Ley del art. 849.2 LECr ., en la valoración de las testificales de las tres menores, Adela , Leocadia e Beatriz , en cuanto a que el Tribunal no ha valorado las múltiples contradicciones existentes en las declaraciones efectuadas por las menores en la fase de instrucción y en la fase de juicio oral.

**Motivo Quinto.**- Infracción de Ley del art. 849.2 debido a que existe un error en la valoración de los informes del médico forense de cada una de las menores (Documentos folios 113 a 122, 127 a 138 y 99 a 108 de la causa).

**Motivo Sexto.**- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECr ., por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP . Y de igual modo existe infracción por quebrantamiento de forma del art. 851.3 ya que el Tribunal ni siquiera se pronuncia sobre la aplicación o no de la citada atenuante, a pesar de haber sido solicitada su aplicación por parte de esta defensa para el supuesto de una eventual condena.

**Motivo Séptimo.**- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECr ., en cuanto a que se ha aplicado indebidamente la agravante de delito continuado del art. 74 CP , con respecto a la condena de la menor Adela .

**QUINTO.**- Conferido traslado a las partes para instrucción, impugnaron el recurso de casación interpuesto de contrario, quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 14 de diciembre de 2016.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **Recurso formulado por el Ministerio Fiscal**

**PRIMERO.** - En sus conclusiones definitivas, la acusación pública calificó los hechos imputados a Heraclio como constitutivos de tres delitos continuados de abuso sexual a menores de 13 años (respectivamente: Adela , Beatriz y Leocadia ), de los artículos 183.1 y 74 CP . La sentencia de instancia, si bien condena por delito continuado respecto de Adela , apartado del fallo que no recurre; solo condena respecto de los hechos referidos a la menor Beatriz por un solo por delito, sin apreciar continuidad delictiva, a pena de dos años de prisión; y absuelve de los hechos objeto de acusación referidos a Leocadia , al entender que encajan en la despenalizada falta de vejación injusta leve.

1. El primer motivo, referenciado a los hechos relativos a la menor Beatriz lo formula por infracción de ley al amparo del n° 1° del art. 849 LECr por falta de aplicación del art. 183.1 y 74 CP ; referido a la absolución de parte de los hechos, que constan en el factum, y que fueron objeto de acusación respecto de Beatriz , que en conjunción con la única infracción de abuso sexual estimada en relación a esta menor, determinaba su integración en delito continuado:

*Respecto de Beatriz , también otro día estaba con su prima y Amadeo en casa del acusado y mientras los dos primeros fueron a recoger algo a la vivienda de al lado le dijo el acusado que se sentada encima de sus piernas, a lo que se negó, pero ante la insistencia de aquél, accedió la menor, momento en que le tocó el acusado de modo leve por el pantalón y al ver que pretendía meterle la mano se cambió a la otra silla llegando al instante su prima y Amadeo , quienes no tardaron ni un minuto.*

La sentencia recurrida absuelve por este episodio, pues no estima acreditado que fueren "tocamientos con ánimo libidinoso por parte del acusado sobre dicha menor"; y dada la gravedad de la pena conminada de dos a seis años de prisión, entiende que el tipo sanciona comportamientos de mayor entidad, por lo que no resulta procedente calificar con carácter general un tocamiento fugaz a la altura del estómago o del abdomen por encima de la ropa, del acusado a dicha menor, como atentado a la indemnidad sexual.

Mientras que el Ministerio Fiscal, indica (con cita entre otras de las SSTS 132/2013 y 737/2014 ) que la exigencia de un elemento subjetivo distinto, concretado en el ánimo libidinoso, no resulta admisible, pues el legislador en la regulación del delito de abuso y agresión sexual no incluye ningún móvil distinto al dolo, elevado a la categoría de elemento subjetivo del injusto para su inclusión típica; basta que el sujeto conozca la transcendencia de su acción, el significado sexual de su conducta. El tipo subjetivo de abuso sexual, recalca,



exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica a su vez la conciencia de afectación del bien jurídico.

Y consecuentemente, al entender que el carácter de los tocamientos como acto de indudable contenido sexual viene perfectamente descrito en el factum, pues ya había sucedido un episodio igual antes en el coche que la Sala estima de abuso por tocamientos; se inicia por el acusado al quedarse ambos solos; la menor se niega inicialmente; insiste el acusado que logra sentarla encima de sus piernas; aquella se levanta ante los tocamientos que son para -en expresión del factum- meterle mano, cesa al llegar los otros menores; considera que los citados tocamientos conllevan en su propia descripción un atentado a la libertad o indemnidad sexual de la menor, lo que permite, al no ser exigible un ánimo lúbrico, sin alterar el factum, condenar por delito continuado de abuso sexual.

2. El segundo motivo, referenciado a los hechos relativos a la menor Leocadia lo formula por infracción de ley al amparo del n° 1° del art. 849 LECr por falta de aplicación del art. 183.1 CP ; en definitiva, entiende improcedente la absolución del acusado por el episodio así declarado probado:

*Por último, en cuanto a Leocadia , con 12 años de edad, se encontraba uno de los días de vacaciones de Pascua de 2014 en casa del acusado, junto con su hijo Amadeo , Adela y otras menores, cuando en un momento dado el acusado se acercó a la misma y le hizo leves tocamientos externos a través de la ropa, apartándole dicha menor la mano para que no siguiera tocándola, cesando de inmediato en su actitud el acusado.*

La Audiencia argumenta que en relación al leve tocamiento de los muslos por encima de la ropa con carácter fugaz o casi subrepticio procede, "ante la fugacidad y escasa entidad de los tocamientos que efectuó en el caso concreto, indicativos también de la levedad del dolo, mantener la calificación de los mismos como falta de vejaciones y no como delito de abusos sexuales" ( STS 1302/2000, de 17 de julio ). Todo ello, al margen de que la falta de vejación injusta del art. 620.2 CP ha quedado despenalizada con la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, salvo que se proyecte sobre las personas del art. 173.4 CP .

El Ministerio Fiscal por su parte, en adición a las consideraciones vertidas en el motivo anterior, destaca en este caso que se trataba de actos sobre una menor de 12 años, que el carácter de actos de broma o venganza para molestar o mortificar a la menor o de naturaleza familiar o social está completamente ausente en el factum; que la conducta del acusado respecto de Leocadia se produce con el mismo modus operandi que el desplegado sobre las restantes menores, guiado siempre por el propósito de envolver a las menores en actos de naturaleza sexual; de modo que no cabe restar valor objetivo a la entidad del tocamiento, lo cual respecto de una menor de edad no es admisible al verse aquella envuelta en un episodio de contenido sexual, sin que puedan calificarse los hechos como vejación injusta ( STS 1331/2009, de 15 de diciembre ), por lo que concluye que deben ser considerados como delito de abuso sexual.

Adiciona, en epílogo común a los dos motivos, la consideración de que la materia recurrida, trata de una mera cuestión jurídica aplicativa del precepto penal, que no exige valoración alguna de prueba, sino exclusivamente de la ponderación de la entidad objetiva de los tocamientos sobre las menores, tal como son descritos en el relato de hechos probados.

3. El tipo penal referido a los abusos sexuales a menores de trece años, concorde la redacción del artículo 183 CP , en el momento de autos, castigaba a *quien realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años* , donde no media violencia o intimidación, pues en ese caso se transmutaría en agresión sexual; si bien, el concepto de indemnidad sexual, no viene definido en el Código, de modo que la doctrina jurisprudencial en su obligada configuración, lo concreta como el derecho de esos menores a no verse involucrados en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad ( STS núm. 490/2015, de 15 de mayo ). En cuya congruente evolución, la reforma operada por LO 1/2015, castiga ahora como responsable de abuso sexual a un menor, *al que realizare actos de carácter sexual* con un menor de dieciséis años; donde la elevación del límite de edad se limita a su vez con la exclusión, de los supuestos de libre consentimiento emitido por el menor, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

Rúbrica de la indemnidad sexual, introducida por LO 11/1999, de 30 de abril, de modo que la jurisprudencia recaída sobre hechos anteriores a esta reforma, no siempre resultará de aplicación, si no contempla el bien ahora tutelado para los menores en el Título X del Libro II del Código Penal.

En definitiva, tanto en la redacción del momento de autos, como en la vigente, el tipo viene referido a acciones sexuales, con muy diversa pluralidad de manifestaciones, donde la naturaleza sexual puede resultar inequívoca en supuestos como los de acceso carnal, que integran un supuesto agravado, pero que resulta más difícil de discernir, en supuestos de simples tocamientos. Pues si bien es cierto que nuestro Código Penal, no exige que estos actos sexuales tengan cierta relevancia desde el punto de vista de bien jurídico protegido, como





sucede en derecho comparado, la pena conminada de dos a seis años de prisión, resulta indicativa de estar contemplando conductas de especial entidad.

La jurisprudencia, en ocasiones ha estimado contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención del derecho penal, que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual, de modo que debía atenderse a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz, y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes (cifr. STS 832/2007, de 5 de octubre).

En su consecuencia, los actos de inequívoco carácter sexual como tocamientos en la zona vaginal o pectoral, idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, integran la conducta de abuso sexual del art. 183.1 CP ( STS núm. 490/2015, de 15 de mayo ).

Pero si los actos no se presentan inequívocos, es habitual, para acreditar su carácter sexual, atender al ánimo lascivo o libidinoso del autor. No se trata de que estemos ante un requisito subjetivo añadido al dolo, ello implicaría introducir elementos típicos ajenos al texto de la norma, basta el conocimiento de realizar acciones sexuales sobre otro sin su consentimiento o cuando el consentimiento es ineficaz; pero sucede que ese ánimo sirve para constatar la naturaleza sexual del comportamiento, ante la insuficiencia de las circunstancias objetivas del tocamiento perpetrado para explicar por sí solas su carácter sexual.

4. Desde estos antecedentes, en los hechos relacionados con la menor Beatriz , la conducta que no mereció sanción en la sentencia recurrida, integra objetivamente hechos sexuales tal como se describe en el relato de hechos probado: ... *le dijo el acusado que se sentara encima de sus piernas, a lo que se negó, pero ante la insistencia de aquél, accedió la menor, momento en que le tocó el acusado de modo leve por el pantalón y al ver que pretendía meterle la mano se cambió a la otra silla...*

En la fundamentación jurídica la Audiencia explica, que el tocamiento fugaz "por el pantalón" fue a la altura del estómago o del abdomen por encima de la ropa; pero obvia que había declarado probado que era para "meterle mano", expresión coloquial por la que comúnmente se entiende acariciar las partes íntimas de otra persona, o como expresa el Diccionario de la Lengua española (antes DRAE), tocar o manosear a alguien con intención erótica; en cualquier caso, en el texto probado de autos, para involucrar a la menor en una actividad sexual, de aquellas que la jurisprudencia entiende inequívocamente como integrantes de abusos sexuales, cuando no media consentimiento o como en el caso de menores, deviene ineficaz.

Ciertamente estas caricias en zona erógena no llegan a producirse, pero ya se había exteriorizado e iniciado la conducta tendente a su logro, sentando a la menor en sus piernas y tocando el pantalón, allí donde permitía introducir la mano; y la cesación en su pretensión de "meter mano", no deriva de la propia voluntad del autor, sino de la oposición de la menor, seguida de la inmediata presencia de otros menores; de ahí que esta conducta deba ser sancionada como delito de abusos sexuales a menor de trece años en grado de tentativa; y en esta dimensión, estimar parcialmente el primer motivo formulado por el Ministerio Fiscal.

5. Respecto de los hechos probados en relación con Leocadia , solo consta que el acusado *le hizo leves tocamientos externos a través de la ropa, apartándole dicha menor la mano para que no siguiera tocándola, cesando de inmediato en su actitud el acusado.*

Nada afirma el relato de la naturaleza sexual del "tocamiento", expresión de contenido igualmente equívoco, pues a diferencia de un uso coloquialmente frecuente, el Diccionario de la Lengua Española, ni siquiera recoge entre las acepciones de tocamiento, ni en las de tocar, contenido alguno de índole o referencia sexual.

En la fundamentación, se alude a que donde el contacto se produjo encima de la ropa, fue en los muslos de la menor; tampoco indica a qué altura y en todo caso, la integración de la narración probada con elementos fácticos recogidos en los fundamentos jurídicos, en perjuicio del acusado, resulta indebida.

El Ministerio Fiscal para concluir la naturaleza sexual del acto con entidad para tratarse de abuso sexual a menor de trece años, es decir, con relevancia para afectar a la indemnidad sexual de la menor, indica que no se expresa en el relato de hechos, el carácter de actos de broma o venganza para molestar o mortificar a la menor o su naturaleza familiar o social sino que la conducta se produce con el mismo *modus operandi* que el desplegado sobre las restantes menores, guiado siempre por el propósito de envolver a las menores en actos de naturaleza sexual.

No deja de ser una inferencia racional, pero ni el acto objetivamente sexual ni el propósito de naturaleza sexual, resultan expresados en el *factum*; y tampoco este elemento subjetivo resulta afirmado en la fundamentación (sino que más bien resulta implícitamente negado para posibilitar su calificación como vejación injusta), de modo que asumir tal inferencia, conlleva modificación o adición peyorativa para el reo de los hechos probados.



Sin la intencionalidad lasciva, en este concreto supuesto, no cabe constatar de la conducta como inequívocamente sexual y por ende calificar como abusos sexuales; y esa intencionalidad, no ha sido declarada probada, del mismo modo que tampoco se afirma su carácter jocoso, vengativo, social o familiar.

Nos encontramos ante motivo basado en error iuris, mientras que las leyes de la lógica, la ciencia o la experiencia, que justifican la adición de una inferencia que determina la existencia de un determinado elemento subjetivo del injusto, no constituyen las "normas jurídicas" a cuya vulneración se refiere el art. 849.1 LECr. La vulneración no tendría causa directa en la subsunción del hecho en la norma, sino en la construcción misma del hecho probado (vd. por todas STS 691/2015, de 3 de noviembre con cita de varios precedentes), el carácter sexual de la misma.

Las sentencias del TEDH de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España y 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, así como las de esta propia Sala Segunda (vd. sentencia núm. 274/2012 de 4 de abril), permiten concluir que el elemento subjetivo, es un dato de inequívoca naturaleza fáctica, y por ello susceptible de verdad o falsedad, y que, como tal su control no es dable en casación, a salvo la posibilidad de la acusación para cuestionar una potencial vulneración del derecho a la tutela judicial, si la decisión estuviera huérfana de toda motivación o que la expuesta careciera de modo patente de razonabilidad.

A diferencia del motivo anterior, ni en el relato resulta de forma evidente una involucración a la menor en una actividad sexual, ni tampoco se ha declarado probado el propósito sexual de la conducta del acusado que posibilitara afirmar la condición sexual del acto cuya objetividad no es inequívocamente sexual; en cuya consecuencia, el segundo motivo formulado por el Ministerio Fiscal, se desestima.

#### *Recurso de Hacerlo*

**SEGUNDO.** - 1. El primer motivo formulado por el condenado en la sentencia recurrida es por infracción de Ley del artículo 849.1 LECr., en relación con los arts. 24.1 y 2 CE, donde se recoge el derecho a la presunción de inocencia, el artículo 5.4 LOPJ y los arts. 714 y 741 LECr. Todo ello, en relación al delito de abuso sexual del art. 183.1 CP por el que ha sido condenado.

Afirma que la credibilidad de las menores fundamentada en su sola declaración y en la ausencia de motivos para mentir, no puede ser suficiente para sustentar una condena. Reprocha además que el Tribunal no analice las contradicciones en dichas declaraciones y que considere prueba de apoyo a la credibilidad de la declaración de la menores: por un lado, la declaración de los padres (que no estaban presentes) y por otro lado, la declaración del testigo (Don. Marino) al que el Tribunal considera testigo de cargo, cuando ni estaba presente ni vio nada de los hechos, y por último, que se apoya en el informe del médico forense, del que obvia que en sus propios informes, haga constar la necesidad de otro profesional más especializado (psicólogo) para valorar la credibilidad de las menores.

En el segundo motivo, si bien con formulación que conduce a equívoco (infracción de Ley del artículo 849.1 LECr., en relación al delito de abuso sexual, por indebida aplicación del art. 183.1 CP, de nuevo invoca la insuficiencia del testimonio de las menores, para integrar prueba de cargo, donde de manera pormenorizada, critica la concurrencia de los parámetros jurisprudenciales establecidos para valoración de dichas declaraciones.

En definitiva, en estos dos primeros motivos, invoca quebranto del derecho a la presunción de inocencia.

2. Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art. 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos, esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la



observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

3. Por otra parte, la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional (vd. STS 210/2014, de 14 de marzo, cuya estructura y fundamentación seguimos, y las que allí se citan), puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada.

Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre, 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre), como esta misma Sala (SSTS núm. 339/2007, de 30 de abril, núm. 187/2012, de 20 de marzo, núm. 688/2012, de 27 de septiembre, núm. 788/2012, de 24 de octubre, núm. 469/2013, de 5 de junio, etc.).

La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testimonial de la víctima, el Tribunal Supremo, como bien explica la sentencia recurrida, viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorgan la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado cuando carece de elementos de corroboración, pues se trata de una declaración que carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

De manera complementaria en las STS 653/2016, de 13 de julio y 803/2015, de 9 de diciembre, calificábamos a este triple test, como orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal". Ni tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena. "Es posible que no se confiera capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su identificación en una rueda v.gr.), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se detecta ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es imaginable una sentencia condenatoria basada esencialmente en la declaración de la víctima ayuna de elementos corroboradores de cierta calidad, fluctuante



por alteraciones en las sucesivas declaraciones; y protagonizada por quien albergaba animadversión frente al acusado. Si el Tribunal analiza cada uno de esos datos y justifica por qué, pese a ellos, no subsisten dudas sobre la realidad de los hechos y su autoría, la condena será legítima constitucionalmente. Aunque no es frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor".

De similar manera en la STS 891/2014, de 23 de diciembre, con cita de la 1168/2001, de 15 de junio, se precisaba que estos parámetros no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y *ha de ser racional* (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige sea racional; es decir, "esos tres elementos, que viene examinando la doctrina de esta Sala para medir la idoneidad, como prueba de cargo, de la declaración de la víctima de un hecho delictivo (ausencia de motivación espuria, existencia de algún elemento corroborador y persistencia), no son requisitos de validez de tal medio probatorio: no son elementos imprescindibles para que pueda utilizarse esta prueba para condena".

4. El primer parámetro de valoración es la credibilidad subjetiva del testimonio (o ausencia de incredibilidad subjetiva, en la terminología tradicional de esta Sala).

La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan. O de la existencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

Y en el caso de autos, recoge la sentencia que *las víctimas, entre diez y doce años de edad cuando ocurrieron los hechos, no padecen ninguna deficiencia síquica que pueda afectar a su declaración, y su edad ahora, año y medio después, es lo suficientemente avanzada para poder recordar y narrar con fiabilidad cómo ocurrieron unos hechos que les afectaron de modo muy directo y personal*, por lo que lógicamente concluye que desde esta perspectiva no cabe cuestionar la credibilidad subjetiva de su declaración.

En cuanto al análisis de posibles motivaciones espurias, deriva del examen del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, cuyo testimonio es el principal basamento de la acusación, para constatar si la declaración inculpatoria se ha podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad. El fundamento de este criterio responde a que cuando se formula una acusación, y no cabe atisbar racionalmente motivo alguno que pueda justificarla, un simple razonamiento de sentido común puede llevarnos a la conclusión de que la acusación se formula simplemente porque es verdad. Cuando pueda atisbarse racionalmente otra motivación, de carácter espurio, esta conclusión no puede aplicarse, lo que no significa que el testimonio quede desvirtuado, pero sí que precisará otros elementos de corroboración.

Como ha señalado reiteradamente esta Sala (STS 609/2013, de 10 de julio, entre otras), es obvio que el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la declaración de la víctima.

A este respecto, indica el recurrente que las denuncias podrían estar influenciadas por los padres de las menores, que vician su credibilidad, o bien por la mala relación de la menor Beatriz con Amadeo, hijo del acusado. Sin embargo, las motivaciones que este parámetro atiende son las existentes con carácter previo a la comisión delictiva, pues lógicamente la actividad delictiva, conlleva ordinariamente un deterioro y degradación de las mismas. Por otra parte, como expresa la sentencia recurrida, de los informes forenses, ratificados en el plenario, la vivencia de las menores era real, facilitando detalles muy difíciles de fabular para su edad, utilizando una terminología propia de su edad y no contaminada por expresiones de adultos; mientras que es una sola de las menores la que objetiva las causas de su escaso afecto por Amadeo, pero afirma que acudía a su casa, porque las otras dos eran amigas suyas y se llevaban bien con ellas, lo que en modo alguno supone merma de su credibilidad, pues la sencillez con que expresa la índole de sus relaciones, resulta reñida con una versión preordenadamente mendaz de la acaecido por simple animadversión; y además aún restan dos menores con efectivos lazos de amistad con Amadeo.

5. El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

En autos, la verosimilitud del testimonio resulta de la propia narración de lo acontecido, de la naturalidad y lógica con que precisa las aclaraciones que le son solicitadas en el interrogatorio cruzado practicado, que





conforman un relato lógico con plena coherencia interna. Y así el resumen de sus declaraciones recogido en la sentencia. Resolución que igualmente destaca la falta de contradicciones internas y la claridad de sus manifestaciones, de modo que concluye la concurrencia de la credibilidad objetiva de la declaración de las víctimas, reforzada por la prueba pericial, que insiste en que realizaron un relato abierto y espontáneo en el que utilizaban las palabras apropiadas a su edad.

La corroboración, reconocida como de carácter secundario en la resolución recurrida, viene dada por las declaraciones de las madres de Adela y Leocadia y el padre de Beatriz, aun sin relevancia demostrativa propia en cuanto mero testimonio de referencia de lo narrado por sus hijas, y especialmente en los informes periciales sobre la credibilidad del testimonio de las menores, según los estándares actuales de credibilidad de testimonio en casos de abusos sexuales a menores ( Estefanía - Salome ), en cuanto indicio de su concurrencia, emitido por profesional de la salud.

A ello debe añadirse el testimonio del Sr. Marino que vio juntos en el río al acusado y la menor Adela, donde ubica ésta uno de los episodios de abusos, circunstancia que motiva que el acusado aunque niega haber estado en DIRECCION001 con las menores, admita este encuentro, del que otorga una muy torpe e inacreditada explicación.

Así como en relación a cada menor, el testimonio de las otras, pues si bien no son testigos directos de los abusos a las demás, sí que corroboran varias de las situaciones en que se producen los abusos; de los que resulta una pauta, mismo modus operandi y múltiples circunstancias coincidentes.

6. El tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones».

b) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

En el caso actual, también concurre dicho parámetro pues cada una de las menores, pues como reseña la sentencia recurrida, han declarado sobre los hechos ocurridos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar sin generalidades ni ambigüedades; sin contradicciones mínimamente relevantes entre sus distintas manifestaciones, existiendo una persistente incriminación desde la declaración inicial, tanto en sede policial como judicial y después en el plenario.

Las contradicciones que afirma el recurrente no tiene ese carácter. Ante la frecuencia de alegatos con similar argumentario al del recurrente (vd por todas STS núm. 61/2014, de 3 de febrero) señala esta Sala, que como puede fácilmente comprenderse, resulta totalmente inevitable que al comparar las declaraciones que presta un testigo en la fase de instrucción con las que hace después en la vista oral del juicio afloran algunas diferencias, omisiones y contradicciones. Ya porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando ya ha transcurrido cierto tiempo; ya porque un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración. No cabe desvirtuar de plano un testimonio por la circunstancia de que no coincida literalmente con otro anterior prestado por el mismo sujeto en la causa o con el de otro testigo, ya que de ser así parece claro que la eficacia de la prueba de cargo se volatilizaría en la mayoría de los casos. Debe, por el contrario, el juzgador ponderar si las discrepancias entre los dos testimonios compulsados afectan a hechos o datos nucleares o si solo conciernen a circunstancias fácticas periféricas o secundarias, entre otras el grado de madurez de la menor y el posible contenido que atribuya a las expresiones proferidas; especialmente cuando todo el núcleo narrativo, se integra por expresiones simples, adecuadas a su nivel de infancia.

Por otra parte, las imprecisiones que afirma el recurrente, siempre periféricas, entran de lleno, además de las razones anteriores, en que las contestaciones se realizan en función de la concreción, modo y secuencia que se realizan las preguntas, de forma que el criterio relevante, es si las discrepancias entre los dos testimonios compulsados afectan a hechos o datos nucleares o si como en autos, solo conciernen a circunstancias



fácticas periféricas o secundarias, pues en este último caso no puede considerarse que la prueba testifical quede mermada en su virtualidad verificadora ( STS 777/2016, de 19 de octubre ).

En definitiva, el Tribunal de instancia valora de manera racional partiendo de los parámetros enumerados, la declaración de la víctima, tras lo que concluye que "se evidencia que supera los criterios racionales de valoración y tiene la consistencia necesaria para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia del procesado y desde el punto de vista objetivo proporciona una convicción sin dudas racionales sobre la culpabilidad del procesado"; racionalidad derivada de los parámetros lógico explicitados, que impiden censura casacional alguna en este ámbito

**TERCERO.** - 1. El tercer motivo lo formula por infracción de Ley del art. 849.1 en relación con los arts. 714 y 741 LECr ., y con el art. 24.1 y 2 CE ; y a la vez por infracción de Ley del art. 849.2, en la valoración de la testifical de D. Marino .

Argumenta que se ha producido un grave error en la apreciación de esta prueba testifical, basado en los documentos que obran en autos (folios 94 y 95), en la declaración del propio testigo y en la declaración de la menor; que dicha testifical no puede ser calificada como prueba de cargo de los abusos que se atribuyen a mi defendido, en el paraje del río.

2. Y en el cuarto motivo, de nuevo, reprocha que el Tribunal no haya valorado las múltiples contradicciones existentes en las declaraciones efectuadas por las menores en la fase de instrucción y en la fase de juicio oral; ahora por infracción de Ley del art. 849.2 LECr .

3. En el quinto, también formulado por error facti, al amparo del art. 849.2 LECr , afirma error en la valoración de los informes del médico forense de cada una de las menores (Documentos folios 113 a 122, 127 a 138 y 99 a 108 de la causa).

4. Hemos reiterado (vd STS 860/2013 , con cita de la STS 539/2013 de 27 de junio ) que el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECr ., se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECr que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr ., o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento.

De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredite de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECr ., lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración



es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación.

En síntesis, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECr consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

5. Consecuentemente, la casuística jurisprudencia, a los efectos de este motivo excluye de la condición de documentos casacionales a las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito generalmente: como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del Plenario, (entre otras SSTs 875/2014 de 15 de diciembre ; 834/2014 de 10 de diciembre ; 545/2012 de 22 de junio , etc.)

Es decir, la mera documentación de otros elementos de naturaleza personal (declaraciones de testigos, informes de peritos e incluso documentación de inspecciones que reflejan percepciones de quien realiza la inspección), no integran el concepto de documento a estos efectos casacionales.

Además de las precisiones anteriores, recuerda también la STS núm. 93/2015, de 17 de febrero con cita de otras varias que la documentación de la prueba pericial es ajena a la técnica de este cauce procesal. No obstante la Jurisprudencia ha admitido una clara expansión del ámbito en un supuesto restringido caracterizado porque: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario y b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable.

6. Proyectada esta doctrina jurisprudencial, sobre los motivos tercero, cuarto y quinto, determina necesariamente su desestimación; pues en todos los casos los documentos citados, no son propiamente documentos sino pruebas personales documentadas; en el caso del testigo Marino y la pericial forense, además, no integraba prueba de cargo, pues se invocan como corroboradores de la única existente, la testifical de las menores.

No sirven para acreditar que el acusado no cometiera los hechos que se le imputan, carecen de literosuficiencia y autarquía; y media en todo caso, prueba que la contradice, la declaración de las propias menores.

**CUARTO.** - El sexto motivo, lo formula por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP ; y adiciona infracción por quebrantamiento de forma del art. 851.3 LECr pues el Tribunal ni siquiera se pronuncia sobre la aplicación o no de la citada atenuante, a pesar de haber sido solicitada su aplicación para el supuesto de una eventual condena.

Entiende que procede su aplicación dado que desde la denuncia (septiembre de 2014) hasta la celebración del juicio (abril de 2016) han transcurrido casi dos años, habiéndose practicado únicamente como Diligencias la declaración de las menores, el testigo D. Marino , y las visitas al médico forense.

Efectivamente es criterio asentado con sustrato en la propia jurisprudencia del TEDH, como el asunto Eckle c. Alemania, sentencia de 15 de Julio de 1982 o en el caso López Solé c. España, sentencia de 28 de Octubre de 2003 , que el cómputo para el inicio de las posibles dilaciones indebidas sólo debe empezar cuando una persona está formalmente acusada, o cuando el proceso tiene repercusiones adversas para él dadas las medidas cautelares que se hayan podido adoptar; textualmente "; ....el periodo a tomar en consideración en relación al art. 6-1º del Convenio, empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos....".

En autos, los hechos enjuiciados tienen su origen en septiembre de 2014, y la sentencia se dicta el 18 de abril de 2016 . Es decir, en el más prolongado de los cómputos, fue de diecinueve meses, el período de tramitación; de modo, que aunque la tramitación piense el recurrente que no haya sido célere, en modo alguno cabe calificarla de dilación "extraordinaria", fuera de toda normalidad, que junto a su carácter de indebida, es exigencia normativa para su consideración como mera atenuante ordinaria.



**QUINTO.** - El séptimo y último motivo, lo formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECr ., por aplicación indebida de la continuidad delictiva del art. 74 CP , respecto a la condena en relación a la menor Adela .

1. Argumenta que se trata de tocamientos breves, muy elementales y muy espaciados en el tiempo; y reitera que persisten muchas dudas por lo que debería aminorarse la condena; y añade pase a que nada aludía en el epígrafe, tanto más en el caso de Beatriz .

Argumentación que determina la desestimación del motivo, pues la formulación por error iuris exige partir de la intangibilidad de los hechos probados. Sólo atiende a examinar errores de subsunción jurídica.

Este motivo no permite cuestionar la valoración de la prueba efectuada, cuestión por otra parte ya examinada en los fundamentos precedentes.

2. Por último, también interesa una minoración en la indemnización por daños morales, atendiendo a la escasa capacidad económica del recurrente y a que no se ha probado que las niñas hayan sufrido ningún tipo de daño ni físico ni psíquico, ya que incluso el informe forense de cada una de las menores indica que las niñas manifiestan no tener miedo, todas hacen vida normal sin ningún tipo de secuela.

En las SSTS 489/2014 de 10 de junio , y la 231/2015, de 22 de abril, recordábamos que la jurisprudencia de la Sala Primera entiende de aplicación la doctrina *in re ipsa loquitur* , cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente"; es decir, "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", acogida en numerosas resoluciones ( SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000 , 1 de abril de 2002 , 22 de junio de 2006 , 12 de junio de 2007, etc.); así como que esta Sala Segunda , en argumentación paralela, entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad ( SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo ; núm. 105/2005, de 29 de enero ).

El daño moral, en caso como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. En su consecuencia, como indica la STS 702/2013 de esta Sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS 744/1998, de 18 de septiembre ); siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad ( STS 1490/2005, de 12 de diciembre ) como aquí sin duda objetivamente producido, con independencia del modo en que esta afectación hubiera sido apreciada por las menores, en tan crítica edad cuando los hechos acontecen.

Y así lo reseña la sentencia recurrida, que incide en que "hechos como los enjuiciados causan inevitablemente un sufrimiento psíquico en las víctimas que debe ser indemnizado. En el caso que se examina la situación padecida por Adela e Beatriz , independientemente de que no presenten sintomatología asociada a estos hechos, les produjo sin duda un sufrimiento, un sentimiento de indignidad, lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria"; en cuya consecuencia fija las cantidades de 4.000 y 2.000 euros respecto de cada menor, concreción de una mínima cantidad, ante el daño moral sufrido, derivado del bien jurídico conculcado con la acción delictiva perpetrada con significativa minoración respecto de las peticiones de cuarenta mil euros para cada menor formuladas por las acusaciones.

El motivo se desestima.

### III. FALLO

**DECLARAMOS HABER LUGAR parcialmente** al recurso de casación formulado por el **Ministerio Fiscal** contra sentencia de fecha 18 de abril de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera , en causa seguida por delitos de abusos sexuales continuados, la que casamos y anulamos parcialmente siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

**DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de casación formulado por la representación procesal de **Heraclio** contra sentencia de fecha 18 de abril de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera , en causa seguida contra el mismo por delitos de abusos sexuales continuados, con imposición de las costas originadas por el recurso.





Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia

## SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Diciembre de dos mil dieciséis.

En la causa seguida por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, en causa por delitos de abusos sexuales continuados se dictó sentencia de fecha 18 de abril de 2016, que ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.** - Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.** - De conformidad con los razonamientos contenidos en el primer fundamento jurídico de la sentencia casacional, Heraclio, en relación a los hechos referidos a la menor Beatriz, también debe ser condenado como autor de otro delito de abusos sexuales a menor de trece años del artículo 183.1, ahora en grado de tentativa.

En cuya consecuencia, como dicha infracción delictiva, con el abuso sexual que ya fue objeto de condena en la instancia, integra delito continuado (conforme la literalidad del art. 74, pluralidad de acciones u omisiones que "infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza" y que se lleven a cabo "en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión", lo que en el terreno de la delincuencia sexual se interpreta como "una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes" - STS 553/2007 de 18 de Junio -), conminado con pena de cuatro a seis años, dada la imperfección de esta segunda infracción, debe serle impuesta la pena en su umbral mínimo de cuatro años de prisión menor.

### III. FALLO

Condenamos a Heraclio, en relación a los hechos declarados probados referidos a la menor Beatriz, como autor responsable de un delito de abuso sexual continuado a menor de trece años, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximarse a Beatriz, a su domicilio, o cualquier otro lugar en que se encuentre y de comunicarse con ella por tiempo de cuatro años, contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad, y a que por vía de responsabilidad civil indemnice a ésta en la cantidad de DOS MIL EUROS (2.000 ?), con los intereses del art. 576; más 1/3 de las costas, incluidas las correspondientes a la acusación particular.

Mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos dispositivos de la resolución de instancia, que no contradigan el anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Joaquin Gimenez Garcia



**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ