



Roj: **STS 1019/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1019**

Id Cendoj: **28079120012021100227**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2021**

Nº de Recurso: **1146/2019**

Nº de Resolución: **99/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 18224/2018,**
STS 1019/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 99/2021

Fecha de sentencia: 04/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1146/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala Civil y Penal Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001

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

Transcrito por: BDL

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

RECURSO CASACION núm.: 1146/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 99/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco



D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 4 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **acusado DON Anselmo** contra Sentencia 79/18, de 15 de octubre de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001, desestimatoria del recurso de apelación (Rollo de apelación 34/2018) formulado por la representación del Sr. Anselmo contra Sentencia 40/2018, de 20 de febrero de 2018 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictada en el Rollo de Sala PA núm. 1/2018 dimanante de las Diligencias Previas núm. 240/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 DIRECCION002 (Cádiz), seguidas contra mencionado recurrente por delito de abuso sexual a menor de 16 años. Los Excmos. Sres. Magistrados de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo del presente recurso bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, y el recurrente Don Anselmo representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Carolina Beatriz Yustos Capilla y defendido por el Letrado Don Raúl Florido Gallardo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 DIRECCION002 (Cádiz) incoó Diligencias Previas núm. 240/2016 por delito de abuso sexual a menor de 16 años contra **DON Anselmo**, y una vez concluidas las remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz que con fecha 20 de febrero de 2018 dictó Sentencia núm. 40/2018, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado y así se declara que: el día 21 de marzo de 2016, el acusado Anselmo, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, se encontraba en su domicilio, sito en la CALLE000 n° NUM000 de la localidad de DIRECCION002, con su hija menor Rafaela, nacida el NUM001 de 2001, cumpliendo del régimen de visitas que, de mutuo acuerdo con la madre, se había establecido.

Sobre las 00:30 horas del día 22 de marzo de 2016, cuando el acusado y la menor se hallaban tumbados en el sofá del domicilio, teniendo el acusado su cabeza sobre el glúteo de la menor, éste con un ánimo libidinoso y en la creencia de que Rafaela estaba dormida, comenzó a hacerle cosquillas en las piernas descendiendo hasta los pies, le quitó el calcetín de uno de ellos y comenzó a frotar el pie en repetidas ocasiones con su genitales, primero encima del pantalón y posteriormente por encima de los calzoncillos.

Como consecuencia de ello, la menor sufre un DIRECCION004; habiendo sido necesaria la intervención psicoterapéutica de la menor en la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil de DIRECCION003, y en la actualidad continua en tratamiento".

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

"Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Anselmo como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales de los artículos 183.1 y 4 d) del CP, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y un día de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros a Rafaela, su domicilio, centro escolar, futuro lugar de trabajo o cualquiera otro que el mismo frecuente y de comunicarse con él (sic) en cualquier forma y medio de comunicación, informático, telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de seis años, siendo de necesario cumplimiento simultáneo de la pena de prisión y la accesoria de prohibición de aproximación y comunicación impuestas, y todo ello con imposición de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Se le impone la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años que se ejecutará con posterioridad a la pena de prisión, cuyo contenido se fijará como dispone el artículo 106.2 CP.

Se acuerda la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de tres años y la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior a 3 años a la pena de prisión.

El condenado indemnizará a Rafaela en la cantidad de 3.000 euros en concepto de responsabilidad civil por los daños morales causados, cantidad que se incrementará en el interés legal del dinero conforme el art. 576 de la LEC.

Asimismo, procede el abono de todo el tiempo que hayan permanecido en situación de prisión preventiva.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes.

Contra la presente cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de Civil y Penal del Tribunal superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001 en el término de los diez días siguientes desde la última notificación conforme disponen los arts. 846 bis a) y concordantes de la LECr.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en única instancia lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Frente a la anterior resolución la representación legal del acusado DON Anselmo formuló **recurso de apelación** (Rollo de apelación número 34/2018) ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001, que con fecha 15 de octubre de 2018 dictó Sentencia núm. 79/2018, que en relación a los **HECHOS PROBADOS** dice:

"Primero.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y Antecedentes del procedimiento.

Segundo.- Con fecha 20 de febrero de 2018 se dictó sentencia por la Sección de la Audiencia Provincial de Cádiz en la referida causa, cuyos hechos probados son del tenor literal siguiente:..."

CUARTO.- El **Fallo** de la referida Sentencia 79/2018, de 15 de octubre de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001, es el siguiente:

"Que desestimando el recurso formulado por la representación procesal de Anselmo contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 20 de febrero de 2018, la confirmamos en su integridad. Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y al condenado a través de su Procurador, quien deberá informar a la Sala, en su caso, de la imposibilidad de hacerlo dentro del plazo para recurrir, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que en su caso deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación de la sentencia al correspondiente Rollo de esta Sala.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

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

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

SEXTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Anselmo, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Primer motivo.- Como motivo de casación por quebrantamiento de forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no expresarse clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados y por apreciarse entre ellos contradicciones, y por consignarse en los mismos preceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo, al existir manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados.

Segundo Motivo.- Por infracción de precepto constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse producido una vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (artículos 9.3 y 24.1 y 2 de la Constitución Española).

Tercer motivo.- Por infracción de Ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse producido un error en la apreciación de la prueba y en el artículo 849.1 de



la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debido a que entendemos que se ha producido en la Sentencia impugnada la infracción de precepto legal.

SÉPTIMO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución e interesó la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación de los tres motivos del recurso, por las razones expuestas en su informe de fecha 18 de junio de 2019; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 18 de enero de 2021 se señala el presente recurso para deliberación y fallo, para el día 2 de febrero de 2021; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia, con fecha 20 de febrero de 2018, en autos con referencia de Rollo de Sala Procedimiento Abreviado nº 1/2018, tramitado por el Juzgado de Instrucción nº 4 DIRECCION002, como Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado nº 240/2016, en la que se condenaba a Anselmo como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales de los artículos 183.1 y 4 d) del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo el tiempo de la condena; y la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros a Rafaela ., su domicilio, centro escolar, futuro lugar de trabajo o cualquiera otro que ella frecuente y de comunicarse con ella en cualquier forma y medio de comunicación, informático, telemático, contacto escrito, verbal o visual por tiempo de seis años, siendo de necesario cumplimiento simultáneo de la pena de prisión y la accesoria de prohibición de aproximación y comunicación impuestas, y todo ello con imposición de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular

Se le impuso, asimismo, la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años que se ejecutará con posterioridad a la pena de prisión, cuyo contenido se fijará como dispone el artículo 106.2 del Código Penal.

Se acordó la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de tres años y la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior a tres años a la pena de prisión.

El condenado indemnizará a Rafaela . en la cantidad de 3.000 euros en concepto de responsabilidad civil por los daños morales causados, cantidad que se incrementará en el interés legal del dinero conforme al artículo 576 de la LEC.

Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por Anselmo, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que, con fecha 15 de octubre de 2018, dictó sentencia por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto. Y contra la misma, se interpuesto este recurso de casación, que pasamos seguidamente analizar y resolver.

SEGUNDO .- El primer motivo se formaliza por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 851 LECrim., por no expresar clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados y por apreciarse en ellos contradicciones y haberse consignado en los mismos preceptos que implican la predeterminación del fallo.

Sostiene el recurrente que la expresión inserta en el relato de hechos probados que hace referencia al ánimo libidinoso del acusado predetermina el fallo en aras a acreditar el dolo en su conducta, así como cuando indica su conocimiento acerca de que la menor se hallaba dormida. En apoyo de su pretensión sostiene que no está acreditado que el recurrente actuara con ánimo libidinoso, ni que supiese que su hija se hallaba dormida y que, habida cuenta de las numerosas contradicciones en las que incurrió la menor, no queda acreditado el dolo que exige el tipo penal por el que resultó condenado. Entiende que las imprecisiones en el relato de la menor acerca del día en el que sucedieron los hechos o que no fuese capaz de afirmar con certeza que su padre sabía que se hallaba dormida, impiden considerar al testimonio prestado por ésta como única prueba de cargo para sustentar el pronunciamiento condenatorio.

Esta Sala tiene declarado que el vicio formal de "falta de claridad en los hechos probados", concurre cuando el relato histórico de la sentencia está redactado en forma que no pueda fundamentar, dentro del silogismo en que aquélla queda estructurada, el pronunciamiento condenatorio (o absolutorio, en su caso), por presentar dudas, ambigüedades, lagunas esenciales, o falta de las notas de que lo narrado sea terminante, categórico o concluyente, y recaiga, además, sobre elementos esenciales que sirvan a la inserción de la concreta conducta enjuiciada en la descripción típica (STS 718/2016, de 27 de septiembre).



El vicio de forma de contradicción en los hechos probados, conforme a una pacífica jurisprudencia de esta Sala, consiste en el empleo en el hecho probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos. Consecuentemente, se deducen los siguientes requisitos para el éxito de este motivo de impugnación: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; por ello la contradicción debe ser ostensible y producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; b) debe ser insubsanable, no siéndolo cuando, a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede entenderse en el contexto de la sentencia; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, si bien se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; d) que sea completa, es decir, que afecte a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma (SSTS 323/2005, 1024/2005, 248/2007 o 474/2009, como entre otras muchas) (STS 229/2016, de 17 de marzo).

Por último, y en relación con la predeterminación del fallo hemos dicho que la misma, que se contempla y proscribire en el art. 851.1º de la LECrim, es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado, exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal (STS 809/2016, de 28 de octubre, entre otras muchas).

Los hechos declarados probados disponen, en síntesis, que el día 21 de marzo de 2016, el acusado Anselmo , se encontraba en su domicilio, sito en la CALLE000 de DIRECCION002, con su hija menor Rafaela ., nacida el NUM001 de 2001, cumpliendo el régimen de visitas que, de mutuo acuerdo con la madre, se había establecido. En realidad, era un régimen muy flexible dada la edad de la hija, como puede añadirse de la lectura de la sentencia recurrida.

Sobre las 00:30 horas del día 22 de marzo de 2016, cuando el acusado y la menor se hallaban recostados en el sofá del salón, teniendo el acusado su cabeza sobre el glúteo de la menor, éste con un ánimo libidinoso y en la creencia de que Rafaela . estaba dormida, comenzó a hacerle cosquillas en las piernas descendiendo hasta los pies, le quitó el calcetín de uno de ellos y comenzó a frotar el pie en repetidas ocasiones con su genitales, primero encima del pantalón y posteriormente por encima de los calzoncillos.

Como consecuencia de ello, la menor sufre un DIRECCION004 ; habiendo sido necesaria la intervención psicoterapéutica de la menor en la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil de DIRECCION003 , y en la actualidad continua en tratamiento.

En el presente caso, el recurrente denuncia una predeterminación del fallo, considerando por tal el hecho de haber afirmado la sentencia que actuó con "ánimo libidinoso". Pero hemos de tomar en consideración, para la desestimación del motivo, que no se trata de una expresión técnico-jurídica que defina o de nombre a la esencia del tipo aplicado, no es tampoco una expresión que sea tan sólo asequible para los juristas, toda vez que es una expresión compartida en el uso del lenguaje común. Es más, la jurisprudencia más moderna descarta la necesidad de este elemento para configurar la tipicidad de los hechos.

Con la STS 524/2020, de 16 de octubre, hemos dicho recientemente que los tocamientos fugaces son constitutivos de delito de abuso sexual.

En efecto, la STS 331/2019, de 27 de junio, mantiene que el tocamiento sorpresivo y fugaz o momentáneo no excluye el abuso sexual, sino que, por el contrario, ha de ser considerado como delictivo en el tipo penal de abusos sexuales, apreciando caso por caso, y tomando en consideración el contexto del supuesto concreto.

También se analiza esta cuestión en la STS 38/2019, de 30 de enero. En este caso, el acusado con ánimo libidinoso llevó a cabo dos acciones de indudable contenido sexual, tal y como recoge la jurisprudencia, que ha considerado como delito de abuso sexual "los tocamientos de diversa índole siempre que afecten a zonas erógenas o a sus proximidades" (STS 1709/2002 de 15 de octubre), como "los tocamientos en zona vaginal o pectoral" (STS 490/2015, de 15 de mayo).

En este mismo sentido, se han dictado las siguientes Sentencias: STS 396/2018, de 26 de julio. STS 615/2018, de 3 de diciembre. STS 632/2019, de 18 de diciembre.

Con la STS 524/2020, de 16 de octubre, hemos dicho recientemente que los tocamientos fugaces son constitutivos de delito de abuso sexual. En efecto, la STS 331/2019, de 27 de junio, mantiene que el tocamiento



sorpresivo y fugaz o momentáneo no excluye el abuso sexual, sino que, por el contrario, ha de ser considerado como delictivo en el tipo penal de abusos sexuales, apreciado caso por caso, y tomando en consideración el contexto del supuesto concreto.

También se analiza esta cuestión en la STS 38/2019, de 30 de enero. En este caso, el acusado con ánimo libidinoso, llevó a cabo dos acciones de indudable contenido sexual, tal y como recoge la jurisprudencia, que ha considerado como delito de abuso sexual "los tocamientos de diversa índole siempre que afecten a zonas erógenas o a sus proximidades" (STS 1709/2002 de 15 de octubre), como "los tocamientos en zona vaginal o pectoral" (STS 490/2015, de 15 de mayo). Naturalmente, tienen que tratarse de actos de inequívoco contenido sexual.

Hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión (los tocamientos fugaces constituyen abuso sexual), en las Sentencias siguientes:

Sentencia del Tribunal Supremo 396/2018, de 26 de julio de 2018, Rec. 2194/2017, que señala 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.

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".

La segunda, fue la sentencia de esta Sala, la nº 615/2018, de 3 de diciembre, en un caso de víctima menor, y en la que se incide en que: "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 a menores, debiendo adoptarse, como se ha expuesto, la observancia y prevenciones oportunas para detectar este tipo de casos, evitando el sufrimiento de los menores que sean víctimas de éstos actos y adopten silencio ante conductas que no comprenden por venir de personas que tienen sobre ellos ascendencia familiar o educativa, destacando el debido reproche y sanción penal de estas conductas con la gravedad que al efecto marca el texto penal.

Sentencia nº 632/2019, de 18 de diciembre. En dicha Sentencia se declara que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala -STS 345/2018, de 11 de julio, con cita de otras- el tipo penal del abuso sexual se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo, de contacto corporal, puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto. De otra parte, el subjetivo o tendencial que se incorpora a la sentencia con la expresión del ánimo, o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro (...) Cualquiera 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.

En consecuencia, un contacto corporal in consentido que tenga una significación indudablemente sexual implica un ataque a la libertad sexual. No puede compelerse a soportar un acto no deseado, sino que la propia configuración del acto, el ánimo tendencial que persigue y la naturaleza de la acción desarrollada, interesando zonas erógenas, constituye un ataque a la libertad sexual.

Ha de tenerse en cuenta que el ataque a la intimidad sexual (en suma, a la indemnidad sexual), constituye una manifestación del atentado a la dignidad de la persona y al derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo.

Como dijimos en la citada sentencia 615/2018, de 3 diciembre, esta Sala incluye en las conductas sancionadas por el tipo del art. 183 1º del Código Penal, los actos de inequívoco carácter sexual, incluidos tocamientos en la zona vaginal o pectoral, idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, es decir su derecho a no verse involucradas en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad.



TERCERO. - Con respecto al elemento subjetivo en los delitos contra la libertad sexual, hemos dicho (STS 411/2014, de 26 de mayo, y se repite en la STS 60/2016, de 4 de febrero), que la tipicidad del delito de abuso sexual no exige un elemento subjetivo distinto del dolo de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima. No puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor no sea necesariamente el de obtener una satisfacción sexual. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, afecta negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima.

Generalmente en los hechos relativos a contactos sexuales o acciones de esta índole, concurrirá un ánimo tendencial consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, pero este ánimo no viene exigido por el tipo, y por ello no puede exigirse su acreditación en el ámbito de la presunción de inocencia, pues se puede atentar contra el bien jurídico protegido, aun cuando tal ánimo no concorra. Quien penetra violentamente a una mujer por odio, venganza, racismo o represalia por una conducta realizada por sus familiares o allegados, en un conflicto bélico o similar, comete un delito de violación, o de agresión sexual, aun cuando en su ánimo no exista propósito alguno de obtener una satisfacción sexual, sino puro odio y deseo de causar daño.

En consecuencia, la descripción fáctica aceptada por el Tribunal de Instancia de una conducta que incluya la realización in consentida de un acto de *inequívoco* contenido sexual que atente contra el bien jurídico protegido, permite a este Tribunal, como una mera cuestión de subsunción, valorar la tipicidad de tal conducta (juicio de subsunción o de tipicidad).

Lo hemos repetido en diversas ocasiones. Con las SSTS 132/2013 y 737/2014, hemos de entender 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 trascendencia de su acción, el significado sexual de su conducta.

El tipo subjetivo de abuso sexual 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.

Lo que se recalca en la STS 957/2016, de 19 de diciembre, en el sentido de que el ánimo lúbrico no es exigido en el tipo.

La STS 147/2017, de 8 de marzo, señala a este respecto que el bien jurídico fue objeto de una nueva consideración cuando la reforma del precepto se abordó en el año 2015: El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

Resulta, pues, indiferente el motivo al que obedezca el comportamiento del autor. El delito se perpetra aún cuando no busque satisfacer demandas de su líbido.

En el mismo sentido, la STS 415/2017, de 8 de junio, reproduciendo argumentos precedentes, declara que la doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción. Actos de inequívoco significado y contenido sexual, susceptibles de afectar negativamente a la indemnidad sexual de las menores, lo que era, sin duda, conocido por el autor.

Finalmente, la STS 433/2018, de 28 de septiembre, subrayando esa misma idea, remarca que reiteradamente esta Sala ha declarado que el tipo penal de los abusos sexuales es un delito contra la libertad y la indemnidad sexual del sujeto pasivo, en este caso de una menor, cuyo o contenido objetivo es la realización de actos de inequívoco carácter sexual realizado por una persona contra otra que no consiente, o que no tiene capacidad para consentir la agresión, de manera que perjudica su intimidad y su indemnidad sexual. Desde la tipicidad objetiva lo relevante es una conducta con un inequívoco contenido sexual, in consentida o viciadamente consentida, que sea agresiva a la libertad o a la indemnidad sexual. El tipo penal del abuso sexual no requiere un elemento subjetivo específico que, a veces, se ha expresado con la identificación de unos ánimos, lascivo, lúbrico o libidinoso, sino que como delito contra la libertad requiere en su tipicidad subjetiva el dolo entendido, en su acepción clásica, como conocimiento y voluntad de agredir la libertad sexual o la indemnidad de una persona, sin necesidad de que se concrete en un ánimo lúbrico o libidinoso, que no viene requerido por la tipicidad.

La tipicidad subjetiva no requiere una finalidad libidinosa (STS 424/2017, de 13 de junio), lo que exige es la descripción de la naturaleza sexual del acto que se realiza voluntariamente y, junto a ello, la concurrencia de



la afectación del bien jurídico, la libertad y la indemnidad sexual. Ciertamente, es normal que las sentencias para dar un mayor énfasis a la conducta enjuiciada expresen la finalidad libidinosa, pero no es una exigencia típica, de manera que puede atentarse a la libertad e indemnidad sexual (...) sin que concurra el ánimo que se menciona en el hecho, de la misma manera que puede agredirse a la libertad sexual por una finalidad de odio, racismo, xenofobia, etc. (STS 411/2014, de 26 de mayo, 897/2014, de 15 de diciembre).

Como conclusión, nuestra jurisprudencia es clara en el sentido de que el tipo penal no exige un elemento subjetivo del injusto añadido, bastando las características generales del dolo.

Por lo demás, los actos narrados en el *factum* son de *inequívoco* carácter sexual, y no consta en tal apartado fáctico que hubieran sido cometidos con una finalidad excluyente.

CUARTO .- Tampoco puede compartirse su consideración de que se haya producido una falta de claridad o contradicción en el relato de hechos probados. Lo que hace el recurrente es poner de manifiesto su discrepancia con la valoración probatoria del testimonio prestado por la menor, que ha realizado el Tribunal, por lo que no puede hablarse, en propiedad, de una falta de claridad que oscureciese la comprensión del texto, lo que se correspondería con un motivo como el aquí empleado.

Por otra parte, basta con leer el relato fáctico de la Sentencia recurrida, explicado y completado por la correspondiente fundamentación jurídica, para comprender, con facilidad, los hechos que se declaran probados y la participación en ellos del recurrente, sin que pueda denotarse contradicción alguna ni confusión o ambigüedad.

Las imprecisiones de la menor acerca de la fecha en la que acaecieron los hechos o la falta de certeza acerca de si su padre, con toda seguridad, sabía que se hallaba dormida, tampoco determinan el quebrantamiento de forma alegado por el recurrente pues se trata de cuestiones que pertenecen al ámbito de la valoración de la prueba practicada.

De la lectura del desarrollo del motivo, se desprende que el recurrente lo que denuncia es la insuficiencia de la prueba practicada para la condena y la incorrecta valoración que de la prueba practicada ha realizado el Tribunal de instancia. Por tanto, pese a que se ha alegado un vicio "in iudicando", lo que el recurrente plantea es su discrepancia con las conclusiones alcanzadas por el Tribunal.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO.- El segundo motivo de recurso se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim., por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. Pero, en realidad, el recurrente centra su queja casacional en la vulneración de la presunción constitucional de inocencia.

Por ello sostiene, en esencia, que existen dos versiones contradictorias, y que la declaración de la menor no es suficiente para fundamentar la condena. El recurrente muestra su disconformidad con la suficiencia de la prueba valorada por el Tribunal de instancia y denuncia la falta de racionalidad en el proceso de valoración de los elementos de cargo y descargo ofrecidos en el plenario por las partes. Insiste en la falta de concreción de la fecha en la que suceden los hechos a tenor del relato prestado por la menor y lo analiza, valorando cada uno de los parámetros que conforme a la jurisprudencia emanada por esta Sala deben concurrir para que el testimonio prestado por la víctima pueda constituir única prueba de cargo, al tiempo que aporta su particular versión de los hechos.

Como estudia la STS 476/2017, de 26 de junio, la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. En consecuencia, ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del



Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en lo que respecta al ámbito fáctico-, pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al "error iuris", función primordial de esta nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 849 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Como hemos declarado en STS 106/2018, de 2 de marzo, respecto a la valoración de la credibilidad del testimonio de la víctima, el control casacional no puede referirse a la posible existencia de alternativas a comparar con la sentencia que se recurre, sino que lo determinante para el éxito de la pretensión revisora ha de concretarse en la racionalidad de la convicción que el Tribunal de instancia realiza sobre ese testimonio, esto es, comprobar si la valoración es racional.

SEXTO - En las alegaciones, el recurrente hace una valoración de la prueba personal discordante con la de la sentencia apelada. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia refiere cómo la Sala sentenciadora analizó la declaración de la menor, y considera que la misma es clara, contundente y coincidente en lo sustancial con las distintas declaraciones que ha prestado a lo largo de la tramitación de la causa. El órgano de apelación reitera que la declaración de la menor ha sido constante, uniforme y coincidente a lo largo de todo el proceso, así como que se ha visto refrendada por elementos periféricos, tales como el testimonio de su madre, la prueba pericial y la documental obrante en autos. La versión de los hechos que ofrece la menor es, al parecer del Tribunal Superior de Justicia, plenamente creíble; asimismo señala que no se apreció la existencia de ningún móvil espurio, ni que la menor pudiera estar influida por algún ánimo de venganza frente a su padre por haberla castigado con ocasión de sus malas calificaciones.

Además, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia apunta que, en contra de lo que sostiene el recurrente, no existe duda alguna al respecto de la fecha en la que acaecen los hechos pues la menor, según refiere el órgano de apelación, indicó en todo momento que los hechos ocurrieron "el lunes Santo", y, en el año 2016, ese día fue el lunes 21 de marzo. Ello coincide, según indica la resolución recurrida, con la fecha en la que la menor comunicó a su madre los hechos a través de Whatsapp, haciéndolo dos días después.

En último lugar, constan como datos corroboradores del testimonio prestado por la menor, la declaración de su madre -quien declaró que su hija le narró lo sucedido a través de Whatsapp el día 23 de marzo de 2016- y las declaraciones de las psicólogas de la Fundación Márgenes y Vínculos, quienes ratificaron el informe psicológico de valoración de su testimonio, obrante en autos, y que descartaron una posible motivación secundaria por parte de la menor, considerando que su relato, que se acompañaba de indicadores compatibles con la experiencia vivida, era creíble.

Nuestras Sentencias 10/2021, de 14 de enero, 714/2020, de 18 de diciembre, y 715/2003, de 16 de mayo, sostienen que, aunque es cierto que la apreciación probatoria de los medios de acreditación que se ofrecen y practican ante el Tribunal sentenciador, corresponde de forma exclusiva al mismo, sin que dicho órgano jurisdiccional pueda declinar la responsabilidad que en esta materia le encomienda el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desarrollo penal del art. 117 de la Constitución española, no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su manera de narrar aquello que han presenciado, de forma que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, la prueba pericial psicológica se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de un menor, víctima de un delito de naturaleza sexual, siempre que se encuentre practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos), y se rinda el informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, aplicando dichos conocimientos científicos a fin de verificar el grado de verosimilitud del menor, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber. Lo que se reitera en la STS 727/2018, de 30 de enero de 2019.



La valoración de la prueba practicada por el Tribunal de apelación se ajusta a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, por lo que merecen su refrendo. Ha existido prueba de cargo bastante, recordando esta Sala, en numerosas ocasiones, que la declaración de la víctima puede constituir prueba de cargo bastante cuando se practica con las debidas garantías procesales y, como se ha indicado, no existen indicios que apunten a una valoración irracional, absurda o arbitraria.

Lo que se cuestiona por el recurrente es la credibilidad que el juzgador otorga a la víctima-denunciante, y la credibilidad o fiabilidad que el órgano juzgador conceda a aquélla y a quienes en una u otra condición procesal deponen ante el Tribunal constituye parte esencial de la valoración de esta clase de pruebas de naturaleza personal, y por ello no son revisables en casación, según lo dicho, pues el grado de credibilidad de esta clase de pruebas está directamente relacionado con la inmediación con la que el Tribunal asiste a su práctica, evaluando la multitud de matices propios de esta clase de elementos probatorios cuyo análisis conjunto conforman el juicio de crédito que se otorga al declarante, ventaja de la que no gozaron los órganos encargados de controlar la resolución de instancia (STS 23-05-02). En la vía de casación, sólo es revisable, como se ha indicado, la coherencia racional de la valoración del Tribunal y de las declaraciones de los testigos, en sí, que, en el presente caso, no presenta tacha alguna.

Además de ello, tampoco advertimos la existencia de los déficits de motivación apuntados y, en concreto, por lo que concierne a la queja esencial del recurrente, la respuesta dada por el Tribunal Superior es acorde a la jurisprudencia de esta Sala. Como dijimos en la STS 773/2013, de 21 de octubre, la Sala no puede identificarse con la línea argumental de la defensa, según la cual, todo lo que se silenció en un primer momento y se hizo explícito en una declaración ulterior, ha de etiquetarse como falso. La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación. Algunos de los precedentes de esta Sala ya se han ocupado de reproches similares en casos de esta naturaleza. Y hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de éstas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas, cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio, pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 511/2012, 13 de junio; 238/2011, 21 de marzo; 785/2010, 30 de junio, entre otras). Y es que la prueba testifical, de forma coherente con el sistema de libre valoración de la prueba que inspira nuestro proceso, no se acomoda a unos rígidos clichés valorativos que actúen como inderogables presupuestos metódicos para la apreciación probatoria. La consolidada línea jurisprudencial que ofrece unas pautas basadas en la ausencia de incredulidad subjetiva o en la persistencia de la incriminación, nunca ha perseguido convertir una prueba sometida, como todas, a la libre -y motivada- valoración, en una prueba tasada. Esas pautas no tienen otra finalidad que la puramente didáctica, con el fin de ordenar y sistematizar el contacto de las Audiencias con una fuente de prueba tan relevante en el proceso penal (cfr. STS 1070/2011, 13 de octubre).

Es por ello que extremos tales como la vaguedad en la exposición de los hechos que parece advertir el recurrente en los mensajes de Whatsapp mantenidos entre la menor y su madre el día 23 de marzo de 2016, o circunstancias tales como si, del tenor de los mismos, parece desprenderse que el acusado realizó los hechos estando dormido o adormilado, en nada alteran la valoración de la prueba realizada por el órgano sentenciador y corroborada por el Tribunal Superior de Justicia, pues ambas instancias han entendido que el relato de la menor no ofrece dudas, cumple con los parámetros legalmente exigidos para que pueda ser considerada única prueba de cargo y, como hemos indicado anteriormente, se ve reforzado por elementos periféricos de corroboración.

Tampoco puede atenderse la censura del recurrente acerca de que no se ha valorado la declaración testifical de la actual pareja del acusado, con la que convive con sus dos hijos menores, pues los hechos enjuiciados se produjeron de noche, en el sofá del salón, y a esa hora, la referida testigo se hallaba durmiendo en su dormitorio, y por tanto, ninguna información relevante ha podido aportar al caso de autos.

En consecuencia, la cuestión carece de relevancia casacional, en la medida en que no alega ni plantea argumentos distintos de los ya esgrimidos con anterioridad, que permitan a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas



en las dos instancias previas a la casación. Especialmente teniendo en cuenta que la impugnación de la sentencia de la primera instancia ha recibido por parte del órgano de apelación una respuesta lógica, motivada y razonable y que respeta la reiterada jurisprudencia sobre el particular (que se cita y aplica adecuadamente en tal resolución).

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SÉPTIMO.- El tercer motivo se formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba y, al amparo del artículo 849.1 LECrim., por infracción de precepto legal.

Pero ni el recurrente cita el precepto legal que supone infringido, ni la vía autorizada por el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite estudiar su queja casacional, pues no invoca un documento literosuficiente, sino que en lo que el autor del recurso se encuentra disconforme es con la valoración de las conversaciones mantenidas por la menor y su madre a través de Whatsapp y de la prueba pericial psicológica.

Reitera los argumentos expuestos en el motivo anterior en los que refiere que la menor, en un primer momento, indica que su padre realiza los hechos estando dormido y discrepa con la valoración de la prueba pericial que analiza la credibilidad del testimonio prestada por la víctima, aportando su particular interpretación al respecto.

Como hemos dicho, el Tribunal de instancia contó con prueba de cargo bastante frente a la que no puede operar una nueva valoración de las periciales. Se trata de prueba personal, cuya valoración le incumbe en exclusiva al órgano de instancia, debido a la posición privilegiada que goza a la hora de apreciar la prueba en su totalidad, sin que el motivo pueda prosperar por las siguientes razones.

En primer lugar, en cuanto a los documentos que se citan, que comprenden los mensajes de Whatsapp intercambiados entre la menor y su madre, los mismos carecen de literosuficiencia, sin que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezcan datos fácticos en contradicción con aquello que tales elementos documentales, por su propia condición y contenido y por sí solos, sean capaces de acreditar. Y ello porque para dotar a su contenido de valor a los efectos que nos ocupan es necesario efectuar una valoración de los mismos con abstracción de otras pruebas que obran en la causa. Tales documentos carecen, así, de poder demostrativo directo.

En segundo lugar, hay que advertir que los informes periciales no resultan vinculantes para el órgano de enjuiciamiento. Los informes periciales, como decimos, no son literosuficientes para evidenciar el error en la valoración de la prueba que se denuncia. El primer requisito que exige el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que el error surja de forma incontestable del particular de un documento. Este carácter no puede atribuirse, como se ha dicho, a las pruebas personales. En cuanto a la prueba pericial, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que, en realidad, se trata de una prueba personal, aunque excepcionalmente le haya reconocido virtualidad para permitir la alteración del relato fáctico cuando 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 o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

Pues bien, en el caso presente, los informes periciales han sido interpretados por la Sala de instancia no de forma errónea o fragmentaria, sino de forma distinta a la que entiende el recurrente. Según se especificó por la Audiencia, la prueba pericial -tanto el informe psicológico de valoración del testimonio, como su ratificación en el plenario- refuerza la convicción alcanzada acerca de la credibilidad del relato de la menor al indicar que las verbalizaciones de la víctima se ven acompañadas de indicadores compatibles con la experiencia vivida; y acredita, asimismo, la sintomatología sufrida por la víctima a consecuencia de los hechos sometidos a enjuiciamiento.

De la lectura de ambas resoluciones se desprende que ninguna de las Salas ha albergado duda alguna acerca de la credibilidad del relato prestado por la menor y que, pese a las impresiones que refiere el recurrente relativas a las fechas o a si puede entenderse que actuó estando dormido el recurrente, lo cierto es que de la fundamentación fáctica de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se desprende que los hechos acaecieron el lunes 21 de marzo de 2016, hallándose el acusado despierto tal y como lo evidencia la propia dinámica de los hechos, con el acto del llevar el pie de la menor hacia su zona genital frotándolo en diversas ocasiones.

En definitiva, dada la exposición del recurso, no se trata de una cuestión de error en la prueba derivado de un documento que sea considerado como tal a efectos casacionales, sino que se lleva a cabo una nueva ponderación de la prueba obrante en autos, ponderación que ya efectuó el Tribunal de instancia en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para obtener la convicción



de que resultaron acreditados los hechos denunciados. Que esa convicción sea distinta a la sostenida por el recurrente no determina la existencia del error de hecho alegado.

En lo relativo a la penalidad impuesta, que no ha sido combatida en esta instancia casacional, ha sido decretada en la mínima imponible, razón por la cual no podemos revisar este aspecto.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

OCTAVO .- Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a la parte recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **acusado DON Anselmo** contra Sentencia 79/18, de 15 de octubre de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001 .

2º.- CONDENAR a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia casacional por su recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Andrés Palomo del Arco Ana María Ferrer García

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián