



Roj: **STS 3809/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3809**

Id Cendoj: **28079120012020100636**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2020**

Nº de Recurso: **326/2019**

Nº de Resolución: **601/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 4954/2018,**
STS 3809/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 601/2020

Fecha de sentencia: 12/11/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: NUM000

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala Civil y Penal TSJ Castilla y León

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.: NUM000

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. 601/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García



D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **acusado DON Justiniano** contra Sentencia 50/2018, de 17 de diciembre de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que desestimó en apelación (Rollo de apelación núm. NUM001) el recurso formulado contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 345/2018, de 8 de octubre de 2018, dictada en el Rollo de Sala PA núm. NUM002 dimanante del PA núm. NUM003 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de DIRECCION000 , seguido contra mencionado recurrente por delito de abuso sexual a menores de edad. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, el recurrente Don Justiniano representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz Domínguez Cuesta y defendido por el Letrado Don Guillermo de la Fuente Fernández-Cedrón, y como recurrida la Acusación particular las hermanas Doña Loreto y Doña Luisa representadas por la Procuradora de los Tribunales Doña Andrea Dorremochea Guiot y defendidas por el Letrado Don Alejandro Toribio Fernández de Pinedo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de DIRECCION000 incoó PA núm. NUM003 por delito de abuso sexual a menores de edad contra **DON Justiniano** y una vez concluso lo remitió a la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Burgos que con fecha 8 de octubre de 2018 dictó Sentencia núm. 345/18, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"PRIMERO.- Apreciadas en conciencia las pruebas practicadas en el Plenario, con el unánime parecer de la Sala se considera probado y expresamente se declara que: el acusado Justiniano , mayor de edad y sin antecedentes penales, por ser vecino en la localidad de DIRECCION000 de los padres de las menores Loreto y Luisa , había jugado con ellas desde la edad de cuatro años, visitando aquellas su domicilio y viceversa.

Cuando las menores fueron creciendo y adquirieron formas de mujer sintió deseos libidinosos respecto de las mismas, y así, aproximadamente, en la primavera del 2015, realizó a la menor Luisa (nacida el NUM004 de 2003) tocamientos en los pechos, intentando besarla en los labios.

Igualmente y con la misma intención libidinosa el día 3 de septiembre de 2017, en la localidad de DIRECCION000 , en las proximidades del domicilio del acusado, cuando Loreto , caminaba por la CALLE000 , estando entretenida con el teléfono móvil, visionando una película, se acercó a la misma y la rodeó fuertemente con sus brazos, llamándola cariño, procediendo a tocarle los pechos por encima de la ropa, durante unos minutos, intentando darle un beso en la boca, logrando la menor zafarse del mismo, saliendo corriendo del lugar y procediendo a poner un mensaje de *wasasp* a su madre, relatándole lo ocurrido.

Tras ello regresó muy nerviosa y alterada a su domicilio, y una vez que tuvo conocimiento su padre, Ezequias , se trasladó inmediatamente al lugar donde se encontraba el acusado, intentando agredirle, sin conseguirlo por intermediar, Virginia , esposa de aquel.

SEGUNDO.- Como consecuencia de tales hechos la menor Loreto sufrió un cuadro de DIRECCION001 , precisando para su curación, una primera y única asistencia médica.

El rendimiento escolar de la misma empeoró con posterioridad a los hechos, y tenía temor a salir sola a la calle, requiriendo la compañía de su madre, por tener su domicilio en un lugar alejado del centro de la población".

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

"Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Justiniano , como autor criminalmente responsable de dos delitos de abuso sexual respecto de menores de edad, a las penas de **DOS AÑOS DE PRISIÓN** por cada uno de los delitos de abuso sexual, accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, **PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A LAS HERMANAS Loreto Y Luisa** a una distancia inferior a 200 metros y a sus lugares de residencia o lugar donde se encuentre, así como el de comunicar con ellas en cualquiera de las formas, todo ello **POR UN PERIODO DE SEIS AÑOS**.



Se condena igualmente al acusado al abono de la cantidad de TRES MIL EUROS (3.000 €), a cada una de las menores por el daño moral sufrido, devengándose los intereses legalmente previstos.

Que se ABSUELVE al acusado del delito de lesiones leves por el que venía siendo acusado.

Se condena al acusado al pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese la presente sentencia personalmente al acusado y a las demás partes, con el apercibimiento de que la misma no es firme, cabiendo interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en virtud de lo previsto en el artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio que resolverán las apelaciones en sentencia en la forma dispuesta en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley)".

TERCERO.- Frente a la anterior resolución la representación procesal del **acusado DON Justiniano** interpuso recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Rollo de apelación NUM005), que con fecha 17 de diciembre de 2018 dictó Sentencia núm. 50/2018, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el condenado contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, con la salvedad de lo alegado respecto de las costas devengadas en la instancia, debemos confirmar y confirmamos la misma, excepto en lo relativo a dicho extremo, declarando que el condenado deberá abonar las 2/3 partes de las costas de la instancia y la totalidad de la alzada, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habrá de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la Ley".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó recurso de casación** por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del **acusado DON Justiniano** , 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.

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

Motivo primero.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Motivo segundo.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 183.1 del Código Penal.

Motivo tercero.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, del artículo 14 de la Constitución, así como del artículo 24.1 del mismo texto legal en cuanto a irretroactividad de las disposiciones sancionadoras más desfavorables, prohibición de discriminación y derecho a la tutela judicial efectiva, vulneración del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, retroactividad de doctrina jurisprudencial más favorable.

Motivo cuarto.- Al amparo del artículo 849. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de los artículos 123 y 109 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEXTO.- Es **recurrida** en el presente procedimiento la Acusación particular las hermanas DOÑA Loreto y DOÑA Luisa , que por escrito de fecha 8 de marzo de 2019, se oponen al recurso formulado.

SÉPTIMO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista e interesó su inadmisión, por las razones expuestas en su escrito de fecha 18 de marzo 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 2 de octubre de 2020 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 5 de noviembre de 2020; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO .- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el acusado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, salvo la condena en costas, declarando que el condenado en la instancia deberá satisfacer las dos terceras partes de las mismas, incluidas las de la acusación particular, y las de la alzada en su totalidad.

El acusado había sido condenado como autor criminalmente responsable de dos delitos de abuso sexual respecto de dos menores de edad, a las penas de dos años de prisión por cada uno de los dos delitos de abuso sexual, accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a las hermanas Loreto y Luisa a una distancia inferior a 200 metros y a sus lugares de residencia o lugar donde se encuentre, así como el de comunicar con ellas en cualquiera de las formas, todo ello por un periodo de seis años.

También se condenaba igualmente al acusado al abono de la cantidad de 3.000 € a cada una de las menores por el daño moral sufrido, devengándose los intereses previstos en la ley.

Y se le absolvió del delito de lesiones leves por el que venía siendo acusado.

Frente a dicha Sentencia formaliza este recurso de casación el referido condenado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO .- En el motivo primero, y por vulneración constitucional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción de la presunción constitucional de inocencia.

Hemos de partir señalando que el conjunto de acciones delictivas declaradas en el relato histórico de la sentencia recurrida se fundamenta en el ejercicio de la inmediación judicial y del libre ejercicio de apreciación judicial, a que se refiere el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre que los jueces "a quibus" expresen el sentido de su convicción, razonándolo en términos lógicos, lo que evitará cualquier ejercicio de arbitrariedad en este trascendental apartado de toda sentencia penal, como es el correspondiente a la llamada motivación fáctica. También conviene señalar que este Tribunal Supremo, en fase de recurso de casación, su función se limita a controlar -que no revisar-, dicho proceso deductivo, sin invadir las facultades de apreciación probatoria que al Tribunal que ha presenciado las pruebas, le corresponde de forma exclusiva. En este sentido, hemos dicho que cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción constitucional de inocencia, ha de llevar a cabo una triple comprobación:

1ª. Comprobación de que ciertamente se practicaron esas pruebas, que ha de expresar la sentencia recurrida en su propio texto, con el contenido de cargo que, para condenar, se les atribuyó, para lo cual han de examinarse las actuaciones correspondientes (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esta prueba de cargo fue obtenida y aportada al proceso con observancia de las correspondientes normas constitucionales y legales (prueba lícita).

3ª. Comprobación de que tal prueba de cargo, existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante como justificación de la condena que se recurre (prueba suficiente).

Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, debe controlarse el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del cual, de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS 209/2004, de 4 de marzo). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS 1030/2006, de 25 de octubre).

En este caso, además, el asunto ha tenido una doble instancia a cargo de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León,

En este caso, cuando se trata de un recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia.



Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se han de tomar en consideración, cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado tal doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Descendiendo, pues, al supuesto enjuiciado, la declaración de la víctima, como testigo de cargo, ha tenido en este caso una importancia primordial.

En efecto, la sentencia recurrida, que es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, analiza la cuestión probatoria en el quinto de sus fundamentos jurídicos, destacando que el análisis probatorio se lleva a cabo a través de las declaraciones de las víctimas, las hermanas, Luisa y Loreto, valorando su verosimilitud tanto desde la ausencia de incredulidad y de contradicciones como desde su contenido, suficientemente detallado y contrastado con los elementos periféricos a los hechos (declaraciones testificales), de forma que resulta concluyente. De otro lado, la Audiencia desvirtúa por completo la versión alternativa propuesta por el recurrente, que se limita a descalificar a las declarantes poniendo en evidencia las contradicciones que aprecia en sus manifestaciones y cuestionando la valoración que se efectúa en la Sentencia de la prueba testifical.

Por el contrario, ambas menores han venido manteniendo la misma versión en lo que a sus elementos esenciales se refiere (tocamientos en los pechos y besos) a lo largo de todo el procedimiento sin que se aprecie en su relato contradicciones apreciables.

En cuanto a la credibilidad de las declaraciones testificales, que el recurrente cuestiona ofreciendo una valoración distinta a la efectuada por el Tribunal de instancia, solo cabe oponer que a esta Sala le está vedada una nueva valoración del material probatorio, quedando circunscrito su análisis a constatar que la efectuada por el Tribunal de Instancia, desde la inmediación de la que goza, se halla suficientemente razonada, como en este caso ocurre, tanto en lo relativo a la credibilidad que se otorga a Miriam, testigo directo de lo sucedido entre Luisa y el acusado, como a la falta de credibilidad de las manifestaciones de la esposa de este, contradiciendo lo declarado por Loreto y del resto de los testigos de la defensa (FJ 4º y 5º).

Los elementos probatorios con los que contó el Tribunal sentenciador fueron, sustancialmente, las declaraciones de las menores, una de ellas (Loreto), de forma inmediata se lo dijo a su madre por Whatsapp, contándole lo que había sucedido con su vecino Justiniano, mensaje incorporado a las actuaciones, y tomado en consideración para la obtención de la convicción judicial; cuando llegó a casa, entró en su casa llorando, lo que fue presenciado por su padre, Ezequias, el cual salió en busca del acusado para agredirle. Los hechos se denunciaron ese mismo día y le produjeron a la menor un cuadro de DIRECCION001, compatible plenamente con la gravedad de lo sucedido, dada la edad de la menor.

Lo propio ocurre con los hechos denunciados por su hermana Luisa, cuyas imputaciones resultan corroboradas por la testifical de Virginia, y que tardó más tiempo en denunciar, y solamente lo hizo cuando tales hechos se repitieron con su hermana Loreto, decidiendo entonces relatar en Comisaría lo sucedido.

Las razones de la Audiencia son confirmadas en apelación:

Se aprecia sinceridad y espontaneidad en su relato, sin que el hecho de no denunciarlo inmediatamente le reste credibilidad, puesto que aporta las razones lógicas que tuvo para no hacerlo, debido a las consecuencias, que ello inevitablemente traería, al ser sus padres y ella vecinos del hoy acusado. Así también resulta lógico que una vez que se denunciaron los hechos sufridos por su hermana, ella se decidiera a ponerlo en conocimiento policial, lo cual además sirve para refrendar el testimonio de aquella, en el sentido de que no se trató de un



acto aislado, y si bien no lo repitió con Luisa , la cual trató de distanciarse del mismo, si que ocurrió con su hermana Loreto .

La testigo Miriam , ratifica el relato de Luisa en cuanto a los hechos acontecidos en la primavera del año 2015, puesto que se encontraba presente y vio como el acusado le tocó los pechos a aquella, y la besó en la mejilla cerca de la boca, escenificando en el Plenario la acción realizada por Justiniano , sin que quepa duda alguna de la intención libidinosa del mismo.

Si bien la testigo no consideró oportuno decirle nada a sus padres, en ese momento, pero posteriormente a final de año, noviembre, durante la celebración de Halloween se lo contó al padre Ezequias , cuando este le dijo si había visto algo raro respecto de sus hijas, tras lo cual aquél les dijo a sus hijas que tuvieran cuidado con Justiniano , si jugaban con él.

En consecuencia, desde la perspectiva de la "quaestio facti", el proceso ha contado con dos instancias, que han analizado con racionalidad el material probatoria obrante en autos, y más allá no se extiende nuestro control cuando de la presunción de inocencia se trata.

TERCERO .- En el segundo motivo, y por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la indebida aplicación del art. 183 del Código Penal.

El planteamiento del recurrente supone reprochar la incardinación de los hechos probados como constitutivos de un delito de abuso sexual a menores de edad, y constituir, en cambio, una falta de vejaciones del art. 620 del anterior C. Penal, pues estaríamos ante el tocamiento puntual del pecho a dos menores por encima de la ropa, invasión superficial o leve de la intimidad corporal.

Por razones metodológicas, el motivo tiene que respetar los hechos probados en toda su significación.

Pues, bien, en ellos, el relato histórico de la sentencia recurrida nos cuenta que el acusado Justiniano , mayor de edad y sin antecedentes penales, por ser vecino en la localidad de DIRECCION000 de los padres de las menores Loreto y Luisa , había jugado con ellas desde la edad de cuatro años, visitando aquellas su domicilio y viceversa.

Cuando las menores fueron creciendo y adquirieron formas de mujer, sintió deseos libidinosos respecto de las mismas, y así, aproximadamente, en la primavera del 2015, realizó a la menor Luisa (nacida el NUM004 de 2003) tocamientos en los pechos, intentando besarla en los labios. Igualmente y con la misma intención libidinosa el día 3 de septiembre de 2017, en la localidad de DIRECCION000 , en las proximidades del domicilio del acusado, cuando Loreto caminaba entretenida con el teléfono móvil, se acercó el acusado a la misma "y la rodeó fuertemente con sus brazos, llamándola cariño, procediendo a tocarle los pechos por encima de la ropa, durante unos minutos, intentando darle un beso en la boca, logrando la menor zafarse del mismo, saliendo corriendo del lugar y procediendo a poner un mensaje de Whasaspp a su madre, relatándole lo ocurrido". Tras ello regresó muy nerviosa y alterada a su domicilio, y una vez que tuvo conocimiento su padre, Ezequias , se trasladó inmediatamente al lugar donde se encontraba el acusado, intentando agredirle, sin conseguirlo por intermediar, Virginia , esposa de aquél.

Como consecuencia de tales hechos la menor Loreto sufrió un cuadro de DIRECCION001 , precisando para su curación, una primera y única asistencia médica.

El rendimiento escolar de la misma empeoró con posterioridad a los hechos, y tenía temor a salir sola a la calle, requiriendo la compañía de su madre, por tener su domicilio en un lugar alejado del centro de la población.

CUARTO .- Como es de ver, en ambos casos, los hechos están referidos a tocamientos fugaces a dos menores por encima de la ropa en zonas erógenas, en el caso, los pechos de las menores, con intento de besarlas en la boca.

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, en la Sentencia 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.

No puede minimizarse penalmente una conducta tal como la que consta en el hecho probado de que un hombre aborde a una niña por detrás agarrándole el pecho derecho por encima de la ropa. Esta conducta es grave y es abuso sexual. Sea, o no, puntual, el acto de tocamiento a una parte sexual de la mujer es un delito de abuso sexual, no una coacción.

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, 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.

En consecuencia, este motivo no puede prosperar, ni tampoco el siguiente, que se formaliza con fundamento en los arts. 852 de la LECrim, art. 9.3, 14 y 24.1 de la CE, art. 2.2 del C. penal y art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Debemos aplicar la jurisprudencia vigente, pues esta Sala Casacional ha considerado a la jurisprudencia como no retroactiva, sino fruto de la interpretación legal en cada momento, consecuencia del recto entendimiento de la ley.



QUINTO .- En el motivo cuarto, y al amparo de lo autorizado en el art. 849.1º de la LECrim., se denuncia la indebida aplicación de los arts. 123 y 109 del C Penal.

El recurrente argumenta que habiendo sido estimada su queja en apelación al solicitar que se redujera en un tercio las costas de la instancia, teniendo en cuenta que el acusado había sido absuelto de uno de los delitos por el que venía siendo acusado (el delito leve de lesiones), esto es, a las dos terceras partes de las devengadas en primera instancia, lo que así se hizo por parte del Tribunal Superior de Justicia, incluidas las costas de la acusación particular, debiendo declarar de oficio la tercera parte restante, sin embargo, con respecto al propio recurso de apelación, le impone al recurrente íntegramente las costas procesales. El fallo dice textualmente: "... declarando que el condenado deberá abonar las 2/3 partes de las costas de la instancia y la totalidad de la alzada, incluidas las de la acusación particular".

La condena en costas procesales es un mecanismo que trata de evitar recursos infundados, y por otro lado, un dispositivo que compensa los gastos ocasionados a la parte o partes recurridas, evitando que el recurso entablado les produzca perjuicios económicos.

Existen dos sistemas que rigen la condena en costas en fase de recurso devolutivo: el objetivo y el subjetivo, y dentro del primero, en algunos sistemas, se admiten modulaciones. Por el sistema objetivo, las costas se imponen al que pierde la alzada, y por el subjetivo, se toma en consideración la consistencia argumental del recurso, y en el caso de que no sea temerario, se declaran de oficio las costas procesales, y en el supuesto contrario, se imponen al recurrente.

En el recurso de casación, rige el sistema objetivo puro. El art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispone al efecto:

"Cuando la Sala estime cualquiera de los motivos de casación alegados, declarará haber lugar al recurso y casará y anulará la resolución sobre que verse, mandando devolver el depósito al que lo hubiere constituido, y declarando de oficio las costas.

Si lo desestimare, declarará no haber lugar al recurso y condenará al recurrente en costas y a la pérdida del depósito con destino a las atenciones determinadas en el artículo 890, o satisfacer la cantidad equivalente, si tuviese reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, para cuando mejore su fortuna.

Se exceptúa el Ministerio fiscal de la imposición de costas".

Este sistema que rige en el recurso de casación, de puro vencimiento objetivo, tiene el inconveniente de no poder ser modulado cuando el tema propuesto por el recurrente pueda tener fundamento, bien porque la cuestión sea discutible, bien porque no exista jurisprudencia homogénea, sino dispar, sobre la materia objeto del recurso, que obligue incluso a tomar una decisión mediante un pleno jurisdiccional para alcanzar posición sobre la cuestión debatida. En ese caso, la ley debiera contener un resorte que evitara la pura objetividad en la condena en costas, y ofrecer un mecanismo corrector, declarando tales costas procesales de oficio.

Por lo demás, la imposibilidad de condena en costas al Ministerio Fiscal cuando es el recurrente, se debe a su posición institucional e imparcial.

En el recurso de apelación no existen preceptos específicos sobre costas procesales, aparte de las reglas contenidas en el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que el órgano "ad quem" puede utilizar el sistema de vencimiento subjetivo o de la temeridad procesal, y es corriente que los tribunales de apelación no impongan las costas procesales al recurrente, cualquiera que sea el desenlace de la alzada. Pero pueden hacerlo si consideran temerario el recurso.

Lo que no es posible, como veremos a continuación, es condenar en costas procesales a quien se le ha dado la razón, en todo o en parte, de sus pretensiones.

De cualquier manera, toda determinación sobre costas procesales de la apelación, habrá de venir suficientemente justificada, pues no rige en dicha alzada el puro sistema de vencimiento en costas, como ocurre en el recurso de casación.

Es decir, cuando alguno de los pedimentos del apelante es estimado por el órgano que dicta la Sentencia de segundo grado jurisdiccional, tal órgano judicial no puede imponer las costas procesales, porque el apelante tenía razón, y si la condena en costas es la manifestación de que al proponente o instante no le asiste el derecho, y debe compensar en consecuencia a la parte contraria con las costas que le hayan sido ocasionadas como consecuencia de tal pretensión, infundada, no puede operarse de la misma forma cuando precisamente el recurrente tiene razón, en todo o en parte, de sus pretensiones. En ese caso, tendrán que ser declaradas de oficio las costas de la alzada.



En el supuesto que enjuiciamos, no se ha ofrecido razonamiento alguno por el cual al estimar parcialmente su queja, se le imponen "la totalidad" de las costas procesales.

Por consiguiente, el motivo tiene que ser estimado, y revocada la Sentencia en el particular relativo a costas procesales de la segunda instancia, declarándolas de oficio.

SEXTO .- Al proceder la estimación parcial de su recurso, las costas de este recurso de casación, deberán ser declaradas de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el 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.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **acusado DON Justiniano** contra Sentencia 50/2018, de 17 de diciembre de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que desestimó en apelación (Rollo de apelación núm. NUM001) el recurso formulado contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 345/2018, de 8 de octubre de 2018.

2º.- DECLARAR DE OFICIO las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- CASAR Y ANULAR, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. NUM006 , que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Superior de Justicia de procedencia a los efectos procedentes, 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 Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco

Vicente Magro Servet Susana Polo García

RECURSO CASACION núm.: NUM000

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

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del **acusado DON Justiniano** , mayor de edad y sin antecedentes penales, contra Sentencia 50/2018, de 17 de diciembre de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que desestimó en apelación (Rollo de apelación núm. NUM001) el recurso formulado contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 345/2018, de 8 de octubre de 2018. Sentencia que ha sido casada y anulada en la parte que le afecta por la dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, al estimarse parcialmente el recurso de casación formulado. Por lo



que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma Presidencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de suprimir la condena en costas procesales del recurso de apelación a la parte apelante.

FALLO

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

Que manteniendo todos los pronunciamientos del fallo de la Sala de lo Civil y Penal y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, **debemos suprimir exclusivamente la condena en costas procesales** del recurso de apelación a la parte apelante DON Justiniano , que será declarada de oficio.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco

Vicente Magro Servet Susana Polo García