

Roj: **STS 4777/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4777**Id Cendoj: **28079120012016100842**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/11/2016**Nº de Recurso: **716/2016**Nº de Resolución: **837/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP MA 3011/2015,**
STS 4777/2016

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil dieciséis.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de **Benito**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga Sección Novena de fecha 18 de diciembre de 2015 en causa seguida contra **Benito** por cuatro delitos de abusos sexuales continuados a menores y dos delitos de abusos sexuales a menores, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente representado por la procuradora Dña. María Isabel Díaz Solano. Siendo magistrado **ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción núm. 1 de DIRECCION005 incoó diligencias previas 445/12 procedimiento abreviado 60/12, contra **Benito** y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena rollo de procedimiento abreviado 20/2015 que, con fecha 18 de diciembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*"Probado y así se declara que el acusado, **Benito**, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en su condición de funcionario público interino del Cuerpo de Maestros, desempeñó sus servicios, durante el curso escolar 2.011-2.012, como maestro de primaria del CEIP " DIRECCION006 " de DIRECCION005, en el que impartía clases de educación física, refuerzo educativo, conocimiento del medio, acompañamiento escolar, así como un curso de educación artística y lectura y, guiado por un ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, aprovechándose de la autoridad que ostentaba sobre el alumnado, realizó los siguientes actos sobre las alumnas que, a continuación, se relacionan:*

1.- *Ángela, nacida el NUM006 .02, tenía 9 años de edad y cursaba 4º de Primaria cuando el acusado, **Benito**, en varias ocasiones no cuantificadas ni datadas con exactitud pero, en todo caso, situadas entre los meses de Septiembre de 2.011 y Febrero de 2.012, la miraba lascivamente al tiempo que se pasaba su lengua por sus labios y le guiñaba un ojo.*



Asimismo, en múltiples ocasiones, no fechadas exactamente pero ocurridas en Enero y Febrero de 2.012, la tocó lascivamente, destacando, entre ellas, los siguientes momentos:

1.a).- Durante la clase de refuerzo, aprovechaba las propias circunstancias en las que impartía la clase en la que tanto él como los/las alumnos/as que recibían el refuerzo, se situaban al final del aula, en una mesa dispuesta al efecto y, concretamente, el acusado se situaba de espaldas a la pizarra y, por tanto, de espaldas al profesor que, en ese momento, estuviera dando su clase al resto del alumnado del curso y sentaba a la niña a su lado, también de espaldas a la pizarra y, aprovechando la reserva y la cubierta que la mesa le ofrecía y la proximidad física con la menor, metía la mano bajo la mesa, le ponía la mano encima del muslo de la niña, concretamente en la cara interna del muslo, y subía y bajaba la mano, tocando los órganos genitales de la menor, sobre la ropa.

1.b).- Durante una clase de plástica o artística, no fechada, tras terminar el ejercicio, el acusado se aproximó a su mesa, situada al final de la clase y, con la excusa de ver el trabajo que hacía Ángela y, aprovechando que la compañera de pupitre de la menor había faltado a clase ese día, le puso la mano en el muslo y le tocó sus órganos genitales, sobre la ropa.

1.c).- El día de Andalucía, mientras Ángela dibujaba, el acusado se acercó mesa por mesa a ver todos los dibujos y cuando se acercó a la mesa de Ángela, aprovechando que estaba en la última mesa de la clase, le volvió a tocar sus órganos genitales, sobre la ropa.

1.d).- Otro día, no datado, cuando Ángela se encontraba en la fila, el acusado se le acercó y la manoseó, llegando a tocarle con su dedo meñique los órganos genitales, sobre la ropa.

El acusado en una de esas ocasiones llegó a preguntar a la menor si "sentía algo", respondiendo ella que sí, diciéndole el acusado que no se lo dijera al director.

2.- Milagros, de 11 años de edad a la fecha de los hechos, cursaba 5º de primaria cuando el acusado, **Benito**, le recriminó por gritar durante la clase de educación física, diciéndole que, como volviese a gritar, le iba a dar "un pellizquito en cualquier sitio"; asimismo, durante las clases de refuerzo de matemáticas que, con carácter semanal, impartía, el acusado, en innumerables ocasiones, no cuantificadas ni datadas con exactitud pero, en todo caso, situadas entre los meses de Septiembre de 2.011 y Febrero de 2.012 y, guiado por un ánimo libidinoso, ponía habitualmente su mano encima del muslo de la niña, concretamente en la cara interna del muslo, y subía y bajaba la mano, situándola finalmente a la altura de la ingle, hasta llegar a colocarla cerca de los órganos genitales de la menor, sobre la ropa. Para ocultar su acción a la vista de los demás, aprovechaba las propias circunstancias en las que impartía la clase de refuerzo, ya expuestas con anterioridad. Milagros dejó de ir a la clase de acompañamiento de los miércoles para evitar que el profesor la siguiese tocando.

3.- Encarnacion, nacida el NUM007 .02, tenía 9 años de edad y cursaba 4º de Primaria cuando, el acusado, **Benito**, durante la clase de gimnasia y mientras la menor jugaba al pilla-pilla, en fecha no determinada del curso escolar 2.011/2.012, tras preguntarle qué tal se lo estaba pasando y, guiado por un ánimo libidinoso, le dio un cachetazo en los glúteos, sobre la ropa, y le dijo que siguiera corriendo y no perdiera el tiempo y, cuando la menor se dio la vuelta sorprendida de su acción, el acusado se puso el dedo en los labios indicándole que se callase.

4.- María Cristina, nacida el NUM008 .03, tenía 8 años de edad y cursaba 3º de Primaria cuando el acusado, **Benito**, en fecha no determinada con exactitud pero, en todo caso, entre los meses de Septiembre de 2.011 y Febrero de 2.012, le tocó los glúteos, sobre la ropa, al aproximarse la niña para solicitarle permiso para ir al cuarto de baño durante la clase de tutoría.

5.- Estefanía, nacida el NUM009 .01, tenía 10 años de edad y cursaba 5º de Primaria, cuando el acusado, **Benito**, profesor de la clase de refuerzo educativo y de acompañamiento, en innumerables ocasiones, no cuantificadas ni datadas con exactitud pero, en todo caso, situadas entre los meses de Septiembre de 2.011 y Febrero de 2.012, ponía habitualmente su mano encima del muslo de la niña, concretamente en la cara interna del muslo y subía y bajaba la mano hasta llegar a colocarla cerca de los órganos genitales de la menor, sobre la ropa; ella le quitaba la mano y él volvía a ponerla y ella se la volvía a quitar, molesta, y así de forma continuada hasta que un día ella se hartó de que el maestro la estuviese tocando continuamente y le propinó una patada en "sus partes". En esas ocasiones, para ocultar su acción a la vista de los demás, el acusado aprovechaba las propias circunstancias en las que impartía la clase de refuerzo, ya expuestas, y sentaba la niña a su lado, aprovechando la reserva y la cubierta que la mesa le ofrecía y la proximidad física con la menor, metía la mano bajo la mesa de la alumna para ejecutar las acciones narradas.

6.- Salvadora, nacida el NUM010 .02, tenía 10 años de edad y cursaba 4º de Primaria cuando el acusado, **Benito**, durante la clase de plástica o artística (es la misma materia), en innumerables ocasiones, no cuantificadas ni datadas con exactitud pero, en todo caso, situadas entre los meses de Septiembre de 2.011 y Febrero de 2.012, cuando la menor se acercaba a su mesa a efectuarle alguna pregunta o a pedir permiso para ir al baño, el acusado, con ánimo libidinoso, le agarraba los glúteos con las dos manos a la altura de las ingles, sobre la



ropa, y la atraía hacía él, manteniéndola en dicha posición mientras le resolvía la cuestión y, cuando la menor se alejaba de él, el acusado le propinaba un cachetazo en los glúteos.

La vergüenza y el miedo llevaron a las menores a ocultar estos hechos al ser ejecutados por su profesor.

No ha quedado acreditado que las menores sufran secuelas psíquicas de entidad como consecuencia de estos hechos.

Por los hechos aquí enjuiciados, ocurridos en el curso escolar 2.011-2.012 en el CEIP DIRECCION006 " de DIRECCION005 , la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía incoó un expediente disciplinario al acusado por su comportamiento con el alumnado. No obstante, no era éste el primer expediente que se le incoaba pues anteriormente el acusado ya había sido sancionado administrativamente por hechos acaecidos durante el curso escolar 2.004/2.005 en el CEIP " DIRECCION007 " de DIRECCION008 y durante el curso escolar 2.005/2.006 en el CEIP " DIRECCION009 " de DIRECCION005 , en el expediente disciplinario nº NUM011 , resuelto en fecha 17.07.08 por el Director General de Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía siendo declarado responsable de la comisión de dos faltas graves tipificadas como <<falta grave de consideración con los administrados>> ya que durante el curso escolar 2.004- 2.005 realizó tocamientos no consentidos hacía el alumnado de su tutoría de 2º ciclo de Educación Primaria (3º y 4º) en el CEIP " DIRECCION007 " de DIRECCION008 , DIRECCION005 (Málaga) en el desarrollo de su actividad docente, concretamente tocó el culo a tres alumnas y bajó los pantalones a dos alumnos; asimismo, durante el curso escolar 2.005-2.006, en el CEIP " DIRECCION009 " de DIRECCION005 , durante la clase de educación física, dio besos no consentidos a una alumna y un cachete en el trasero a otra" (sic).

Segundo.- La Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, dictó sentencia núm. 638 con el tenor literal siguiente:

" FALLAMOS : Que debemos condenar y condenamos a Benito , como autor criminalmente responsable de **cuatro delitos de abusos sexuales continuados de los artículos 183.1 y 5 y 74 del Código Penal** , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **PRISION DE CUATRO AÑOS (04-00-00) por cada uno de ellos** , con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y la inhabilitación absoluta para el ejercicio de su profesión por plazo de diez años (10-00-00) por cada uno de ellos **y como autor criminalmente responsable de dos delitos de abusos sexuales de los artículos 183.1 y 5 del Código Penal** , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **PRISION DE DOS AÑOS (02-00-00) por cada uno de ellos**, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y la inhabilitación absoluta para el ejercicio de su profesión por plazo de SEIS AÑOS (06-00-00) por cada uno de ellos.

Asimismo, Benito , deberá indemnizar, a través de sus representantes legales, a cada una de las víctimas de sus delitos, Ángela , Milagros , Estefanía y Salvadora , en concepto de responsabilidad civil, por daños morales, en la cantidad de 6.000 euros, y a Encarnacion y María Cristina , por el mismo concepto, en la cantidad de 3.000 euros.

De acuerdo con el art. 192.1 CP , procede imponerle la medida de libertad vigilada, que se verificará una vez cumplidas la pena privativa de libertad antes mencionada, y que, conforme al art. 106.1.3 del referido texto legal , consistirá en la obligación de someterse a programa de reeducación sexual.

Por último, se le condena al pago de las costas causadas.

Testimonio de esta resolución, una vez firme, remítase a la Delegación Provincial de Educación en Málaga de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía a los efectos administrativos y disciplinarios oportunos.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia" (sic).

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación legal del recurrente Benito , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim , al no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos probados, o con contradicción entre ellos o utilizando expresiones jurídicas predeterminantes del fallo. **II.-** Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 882 de la LECrim , al entender infringido el art. 24 de la CE por vulneración de la presunción de inocencia del



acusado. **III.-** Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 882 de la LECrim , al entender infringido el art. 24 de la CE por vulneración de la tutela judicial efectiva en lo que se refiere a la valoración de los informes periciales. **IV.-** Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 882 de la LECrim , al entender infringido el art. 24 de la CE por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en lo que se refiere a la omisión de cualquier valoración de la prueba de descargo. **V.-** Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 882 de la LECrim , al entender infringido el art. 24 de la CE por vulneración de la presunción de inocencia en relación con el principio in dubio pro reo y el art. 74 del CP . **VI.-** Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación de los arts. 183.1 y 183.5 del CP e inaplicación del art. 620.2 de la LECrim , en relación con las menores María Cristina y Encarnación .

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 24 de mayo de 2016, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Sexto.- Por providencia de fecha 5 de octubre de 2016 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 26 de octubre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 638, dictada con fecha 18 de diciembre de 2015 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga , condenó al acusado Benito como autor criminalmente responsable de cuatro delitos de abusos sexuales continuados de los arts. 183.1 y 5 y 74 del CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 años por cada uno de los delitos, con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta para el ejercicio de su profesión por plazo de 10 años. También fue declarado responsable de otros dos delitos de abusos sexuales de los arts. 183.1 y 5 del CP , imponiéndosele la pena de 2 años de prisión por cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta para el ejercicio de su profesión por plazo de 6 años, por cada uno de ellos.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación. Se formalizan seis motivos que van a ser objeto de tratamiento diferenciado.

2.- El primero de ellos, por el cauce del art 851.1 de la LECrim sostiene quebrantamiento de forma, por la utilización de conceptos jurídicos que implican una predeterminación del fallo.

Entiende la defensa que en el juicio histórico se deslizan expresiones que anticipan el fallo, tales como " *guiado por un ánimo de satisfacer sus deseos sexuales*", "*guiado por un ánimo libidinoso*", "*aprovechándose de la autoridad que ostentaba*" o "*la miraba lascivamente*".

No tiene razón el recurrente.

La detenida lectura de esos párrafos pone de manifiesto la ausencia del vicio que se adjudica a la resolución cuestionada. Quien ve en esas frases un error *in iudicando* se aparta del significado mismo de la estructura del razonamiento judicial. Sobre el juicio histórico ha de verificarse el juicio de subsunción que, como es lógico, requiere para su corrección que en el relato de hechos probados se contengan los elementos fácticos -objetivos y subjetivos- que conforman la estructura típica del delito por el que se formula condena. Tal predeterminación -decíamos en las SSTS 390/2014, 13 de mayo ; 1229/2011, 16 de noviembre y 401/2006, 10 de abril - precisa la utilización de expresiones técnicamente jurídicas y con situación causal respecto al fallo, o sea, cuando la descripción del hecho se reemplaza por su significación. En un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues si en los mismos se describe una conducta subsumible en un tipo penal, la consecuencia lógica se infiere, aunque se describa en la parte dispositiva o fallo de la sentencia, pero no es éste el sentido, sino que se produce exclusivamente por la utilización en el «factum» de expresiones técnicamente jurídicas que definan y den nombre a la esencia del tipo aplicable y aplicado, expresiones ajenas al lenguaje común, con un valor causalista del fallo; o sea predeterminación eficaz y causal, por lo que si suprimidos tales anómalos conceptos jurídicos incrustados en el relato no dejan el hecho histórico sin base alguna, el vicio procesal no existe.

Como dice la STS 1519/2004, de 27 de diciembre , lo que la LECrim prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales. O en palabras de la STS 152/2006, de 1 de febrero , la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que



la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico.

Nada de lo prohibido con arreglo a la estructura lógica de la sentencia se aprecia en los párrafos destacados por la defensa en su alegato. La descripción del ánimo con el que se ejecutaba la acción, ya sea por las miradas que el acusado dirigía a las menores, ya por la fuerte presencia del impulso sexual, no quebranta el juicio de tipicidad. Cuestión distinta es que esa voluntad añadida al dolo sea o no indispensable para la concurrencia del tipo subjetivo.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

3.- El segundo de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE).

A juicio de la defensa, la sentencia recurrida formula el juicio de autoría a partir de las exclusivas declaraciones de las víctimas, con el argumento de que este tipo de delitos participan de un " *componente personalista*" que no facilita la aportación probatoria. No existe una descripción de los lugares respecto de los que se dicen cometidos los hechos. La suficiencia de las pruebas barajadas por el Tribunal *a quo* -se razona- queda en entredicho por razón de esas lagunas descriptivas. Ninguno de los alumnos o profesores que se hallaban en los distintos escenarios en los que se sitúan los hechos -por ejemplo, en las clases de refuerzo o acompañamiento, en el patio del colegio- afirmaron haber presenciado ni oído nada especial. No se trataba, por tanto de " *entornos (...) ocultos, privados, íntimos o clandestinos*", de ahí la importancia de una mención específica a esos lugares.

En un submotivo la defensa añade a su queja la falta de motivación y razonabilidad de la prueba de cargo. La declaración de la víctima, cuando se convierte en el único sostén probatorio, tiene que estar reforzada por otros elementos probatorios ausentes en el presente caso. Cuestiona la credibilidad de algunos de los testigos. Así, Dolores declaró que al comienzo del curso hubo reuniones por la mala fama que precedía al acusado en otros centros. Paulino , director del colegio, afirmó que el profesor acusado había sido mal recibido por un grupo de padres y madres, creándose una alarma en la puerta del colegio, instigada por padres y madres que no querían que el acusado se incorporase como profesor del centro. Otros padres y madres -como son los casos de Luis Pablo o Rita - aludieron en el juicio oral a esas reuniones motivadas por la desconfianza hacia el acusado.

También se refiere el recurrente a la falta de persistencia en las versiones inculpativas, realizando una glosa crítica acerca de las oscilaciones observadas en sus respectivos testimonios. Se completa el cuadro impugnatorio con la censura acerca del supuesto carácter corroborador de los elementos de prueba anunciados por el Tribunal *a quo* , a saber, el expediente disciplinario incoado al acusado en otro centro educativo por hechos similares, el hecho de que las alumnas formaran parte de distintas clases, lo que impedía el previo concierto entre ellas y, en fin, el contenido de los dictámenes periciales.

El motivo va a ser parcialmente estimado.

A) Una precisión previa se impone al análisis de la queja del recurrente. Sólo un entendimiento preciso del concepto y de la significación funcional del recurso de casación, puede explicar las limitaciones de esta Sala a la hora de valorar una impugnación basada en el quebranto del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Estas limitaciones se hacen mucho más visibles en supuestos como el sometido a nuestra consideración. Se trata de una agresión sexual en la que agresor y víctimas discrepan abiertamente sobre lo que realmente aconteció y en la que ambas partes ofrecen a la Sala elementos de prueba abiertamente contradictorios. Y es que, por más que con frecuencia se olvide, ningún parecido existe entre la posición procesal de la Audiencia Provincial ante la que se practican las pruebas y la capacidad del Tribunal Supremo para ponderar en términos jurídicos la corrección de la inferencia del órgano decisorio. No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal *a quo*. Aun cuando resulte una obviedad recordarlo, nuestra posición como órgano casacional no nos autoriza a optar entre la valoración probatoria que sugiere la parte recurrente y la que ha proclamado la Audiencia Provincial. Nuestro ámbito cognitivo no nos faculta, en fin, a desplazar la conclusión probatoria alcanzada por la Audiencia, ante el mayor atractivo de los argumentos que pudiera encerrar, en su caso, el discurso impugnativo del recurrente. Tampoco podemos neutralizar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 300/2015, 19 de mayo ; 21/2014, 29 de enero ; 908/2013, 23 de diciembre ; 326/2012, 26 de abril , 80/2012, 10 de febrero , 790/2009, 8 de julio , 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril). El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia ha quedado sobradamente delimitado por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala (cfr. STS 553/2008, 18 de septiembre). Es en ese exclusivo ámbito en el que hemos de valorar las alegaciones de la defensa.



El juicio histórico describe los ataques a la indemnidad sexual de seis menores, atribuidos por la Audiencia al acusado Benito , en aquellas fechas funcionario público interino del cuerpo de maestros y que ejercía la docencia en el centro escolar DIRECCION006 de DIRECCION005 . La Sala entiende que la descripción fáctica que tiene relación con los hechos padecidos por Ángela , Milagros , Estefanía y Salvadora , se ajusta a las exigencias impuestas por el contenido material del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). En todos ellos se constata una riqueza descriptiva que, a su vez, es fruto de un proceso de valoración probatoria que ha sido debidamente exteriorizado por el órgano decisorio. La autoría de Benito puede ser afirmada más allá de toda duda razonable. En el FJ 2º de la sentencia de instancia se destaca el valor inculpatario del testimonio de aquellas menores. Los Magistrados descartan todo móvil espurio. De hecho, subrayan "*... que las menores tenían inculcado el respeto y la obediencia que deben a un profesor así como la autoridad que el mismo ejercía sobre ellas*", lo que explica que soportaran en silencio los abusos y que callaran durante mucho tiempo.

La falta de contacto de los menores afectados entre sí -estudiaban en clases distintas de 3º, 4º y 5º de primaria- es invocada como un elemento más que descartaría un previo contacto entre las víctimas con el fin de ofrecer un relato imaginativo y concertado que sólo tuviera por objeto perjudicar a Benito . El testimonio de las psicólogas que depusieron en el plenario permitió someter a contradicción los dictámenes periciales, que ratificaron la credibilidad de quienes alegaron haber sido objeto de tocamientos lascivos y, en fin, la existencia de otras menores que fueron testigos de esos actos proyectados sobre sus compañeras, dibujan un cuadro probatorio que permite concluir, más allá de toda duda razonable, la autoría del acusado.

B) Tratamiento distinto merece la secuencia fáctica que afecta a Encarnacion y a María Cristina . Respecto de la primera de ellas, señala la sentencia recurrida que el acusado "*... durante la clase de gimnasia y mientras la menor jugaba al pilla-pilla, en fecha no determinada del curso escolar 2011/2012, tras preguntarle qué tal se lo estaba pasando y, guiado por un ánimo libidinoso, le dio un cachetazo en los glúteos, sobre la ropa, y le dijo que siguiera corriendo y no perdiera tiempo y, cuando la menor se dio la vuelta sorprendida de su acción el acusado se puso el dedo en los labios indicándole que se callase*". En relación con María Cristina , proclama el factum que Benito "*... en fecha no determinada con exactitud pero, en todo caso, entre los meses de septiembre de 2011 y febrero de 2012, le tocó los glúteos, sobre la ropa, al aproximarse la niña para solicitarle permiso para ir al cuarto de baño durante la clase de tutoría*".

La propia Audiencia es consciente de que la significación antijurídica de esa conducta presenta una singularidad que justificaba el debate previo acerca de si los hechos habían de ser subsumidos -al igual que los restantes que se declaran probados- en los arts. 183.1 y 5 del CP o si, por el contrario, no desbordaban los límites típicos de la falta entonces vigente en el art. 620.2 del CP . Por las razones que se hacen constar en el FJ 1º de la resolución combatida, con cita de algún precedente de esta Sala, los Jueces de instancia han optado por encajar esos hechos en la descripción típica que ofrece el art. 183.1 y 5 del CP .

Entiende esta Sala, sin embargo, que el problema va más allá de una controversia acerca del más apropiado juicio de subsunción. La descripción de los hechos que han sido subsumidos en el delito de abusos a la indemnidad de las menores María Cristina y Encarnacion , adolece de una insuficiencia descriptiva que ha sido colmada en perjuicio del reo.

En efecto, los hechos relacionados con Encarnacion carecen de la más mínima referencia temporal. Es indudable que, con carácter general, ésta no es indispensable para el juicio de tipicidad. La experiencia indica que en muchas ocasiones, por una u otra circunstancia, los hechos no pueden ser situados cronológicamente en el momento exacto de su acaecimiento. Sin embargo, en el presente caso, la escueta referencia a una "*... fecha no determinada del curso escolar 2011/2012*", en la que el ataque consistió en "*... un cachetazo en los glúteos*", propinado en clase de gimnasia, "*... sobre la ropa*", seguida de la indicación de que "*... siguiera corriendo y no perdiera el tiempo*", obliga a presumir la realidad de otros elementos del tipo respecto de cuya concurrencia poco puede aportar la prueba practicada. Lo que fue presenciado por compañeras de clase de Yumara no puede llevar a concluir en términos apodícticos que ese hecho estuvo inspirado por el deseo de Benito de involucrar a la menor en un episodio de significación sexual. Y a este fin, desde luego, nada añade el inciso final de que "*... cuando la menor se dio la vuelta sorprendida de su acción, el acusado se puso el dedo en los labios indicándole que se callase*".

Algo similar acontece con el fragmento en el que se describen los hechos que el acusado habría ejecutado sobre María Cristina . Ahora sí existe una delimitación temporal más o menos elástica. Pero de nuevo el laconismo descriptivo, en contraste con la riqueza de detalles que se contiene en el resto de los pasajes del factum, hace acto de presencia.

Si bien se mira, las acciones del acusado sobre María Cristina y Encarnacion sólo cobran significado delictivo cuando toman del resto de las conductas que sí han sido objeto de una minuciosa descripción aquellos elementos que le faltan para su adecuada subsunción. Se trata, por tanto, de una tipicidad referencial, por



remisión, de una calificación jurídica que, desconectada del resto de las acciones que se declaran probadas, ve debilitado el significado que quiere atribuírsele. Existe, por tanto, una insuficiente proclamación de los elementos objetivos y subjetivos que conforman la estructura del tipo que ha sido aplicado en la instancia. Y esa dificultad de subsunción -que incluso podría determinar la estimación del recurso formalizado por la vía del art 849.1 de la LECrim - se ha pretendido colmar mediante una interpretación contextualizada que no hace sino *tomar prestados* de otros hechos lo que ni la actividad probatoria ni el razonamiento inculpatario han evidenciado.

C) La existencia de un expediente disciplinario incoado por la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, motivado por incidentes similares en los cursos escolares 2004-2005, desarrollado en el centro escolar DIRECCION007 y 2005-2006 en el centro DIRECCION009, es traída a colación por la Audiencia como un elemento periférico que corroboraría la tendencia del acusado a los abusos sobre menores. La Sala no puede identificarse con ese razonamiento. Y no sólo porque se sume de forma innecesaria al arsenal probatorio un expediente cuya resolución todavía no es firme al hallarse pendiente de recurso en la jurisdicción contencioso-administrativa. O porque la denuncia remitida al Ministerio Fiscal fuera luego sobreeséda por el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 2 de DIRECCION005. A nuestro juicio, hacer de ese expediente, todavía no definitivamente resuelto, un elemento de corroboración de las verdaderas pruebas objetivas, conduciría a una inadmisibles aceptación del llamado *derecho penal de autor*, en el que la responsabilidad por el hecho se ve desplazada por la responsabilidad por razón del sujeto, por su perfil o por su tendencia. Etiquetar a una persona, en atención a una responsabilidad administrativa todavía por definir -incluso, aunque hubiera sido ya resuelta- como delincuente sexual, nos retrotrae a una etapa de la criminología que, por más auge que quiera atribuirse a las corrientes neopositivistas, supone un retroceso en la evolución hacia un derecho penal más humano.

Nada de ello se opone a que la existencia de ese expediente y su ulterior revisión en vía contenciosa hubieran proporcionado el marco jurídico adecuado para la adopción, si así se estimaba procedente, de alguna medida cautelar de suspensión que impidiera, siempre de forma condicionada y temporal, el contacto del acusado con alumnos menores de edad. Tan llamativo como esa ausencia es el hecho de que el presente proceso no haya integrado en su objeto una acción civil de responsabilidad subsidiaria que hubiera permitido dilucidar, en su caso, la concurrencia de cualquier género de *culpa in vigilando* o *in eligendo* por parte de las autoridades administrativas que, conocedoras de aquellos antecedentes que afectaban a un funcionario interino, no adoptaron las medidas precisas para evitar su repetición.

4.- El tercero de los motivos -con la misma cobertura que el precedente- reprocha a los Jueces de instancia la vulneración de los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, en la medida en que se ha rechazado el valor probatorio del dictamen suscrito por la perito de parte - Edurne - y se ha atribuido plena significación probatoria a los otros dos dictámenes, pero sin realizar análisis alguno sobre los mismos. No se realiza el más mínimo esfuerzo analítico, ni se expresan las razones por las que la Audiencia ha sido convencida. Se cuestiona así el valor incriminatorio del informe elaborado por Remedios -confeccionado seis meses después de la denuncia de los hechos- y el de Begoña -suscrito más de dos años después de la denuncia-. Ni su metodología ni la falta de atención analítica por los Jueces de instancia deberían haber llevado a su aceptación incondicional.

El motivo no puede ser acogido.

No es cierto que la Audiencia silencie las razones por las que ha optado por el peritaje suscrito por las facultativas Remedios y Begoña, frente al que fue ofrecido por la defensa del acusado y que había sido firmado por la psicóloga Edurne. En el apartado 3º cb) del epígrafe en el que se valora la prueba de cargo puede leerse lo siguiente: "...la psicóloga Begoña ratificó el informe psicológico emitido en torno a la credibilidad del testimonio de la menor Milagros (folios 309, 310 y 311), concluyendo, igualmente, la credibilidad de su testimonio.

Dichos dictámenes periciales no han sido desvirtuados por el contrainforme emitido por la psicóloga Doña. Edurne, que depuso en el plenario a instancia de la defensa, en la medida en que, por un lado, al tratar su contrapericia sobre la virtualidad de las periciales psicológicas practicadas, su pericia trataba, entre otros extremos, de analizar la metodología empleada por las peritos Sra. Remedios y Sra. Begoña, y en sus conclusiones considera que existen defectos metodológicos y de contenido ya que las peritos solo han tenido en cuenta la declaración de las menores, obviando, por tanto, lo relativo a las variables del contexto y valoración, además de que las entrevistas no fueron grabadas ni registradas literalmente por escrito.

Sin embargo, del examen de las pericias realizadas se comprueba que las peritos Sra. Remedios y Begoña analizaron también las declaraciones prestadas en sede escolar y judicial por las menores, pues así lo manifestaron en el plenario y, concretamente, en el juicio oral se puso de manifiesto el error de la premisa de partida de la contrapericia ya que a la perito Sra. Doña. Rebeca le faltaba el folio 1 del informe emitido por



"Taxo" en el que la psicóloga Sra. Remedios reflejaba la información que había tenido presente para elaborar su dictamen, concretamente y entre otras, las declaraciones prestadas por las menores en ocasiones anteriores (en los folios 190 y 309 consta que la perito judicial estudió la documentación aportada por el Juzgado de Instrucción), con lo que la contrapericia carece del valor que la defensa le otorga, manteniendo las periciales psicológicas en torno a la credibilidad de los testimonios de las víctimas pleno valor probatorio".

Se podrá estar de acuerdo o no con la línea argumental mediante la que la Audiencia aborda las quejas del recurrente acerca de la deficiente metodología que inspiró el dictamen pericial suscrito por las dos profesionales cuyo criterio ha sido acogido en la instancia. Es lógico que la defensa reaccione críticamente ante esa opción que, sin embargo, ha sido objeto de una explicación por los Jueces de instancia que nada tiene de arbitraria o ajena a las máximas de experiencia. Y en ausencia de quiebra de las reglas del razonamiento lógico, la invocada vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, está condenada al fracaso. Lo que el motivo formalizado interesa de esta Sala es que descartemos el valor probatorio de un informe pericial suscrito por dos profesionales y que optemos por la alternativa técnica ofrecida por la perito Edurne. Pero se nos pide que esta opción la suscribamos con absoluta lejanía respecto de las fuentes de prueba y sin haber presenciado las explicaciones de los peritos. En definitiva, que abandonemos el espacio funcional que nos reserva el recurso extraordinario de casación y que invadamos la labor que el art. 741 de la LECrim reserva en exclusiva a los Magistrados de la Audiencia.

Se impone, por tanto, la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim).

5.- El cuarto motivo insiste en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ahora desde la perspectiva de la falta de valoración de la prueba de descargo. La sentencia recurrida -aduce la defensa- guarda silencio sobre el testimonio de relevantes testigos de descargo. Es el caso de Dolores, profesora titular de 5º curso, tutora de Milagros y Estefanía, profesora que compartía el aula con el acusado mientras éste impartía las clases de refuerzo; Serafin, maestro del colegio, quien puso en duda la versión mantenida por la menor Ángela, al hallarse él presente en el lugar en el que sucedieron los hechos; Severino, alumno del colegio que oyó a niñas del colegio afirmar: "a este profesor hay que hundirlo", refiriéndose al acusado; Luis Pablo, padre del anterior, quien manifestó hallarse sorprendido ante la llamada del director al inicio del curso para advertirle que el profesor D. Benito "era problemático", al ser su hijo nuevo alumno del colegio; y, en fin, la ausencia de toda valoración acerca de la petición de amistad enviada por la menor Ángela al acusado, a través de la red Facebook el mismo día en que esa menor declaró en contra del recurrente.

Tiene razón la defensa cuando incluye en el contenido material del derecho a la presunción de inocencia la valoración de la prueba de descargo. Así lo hemos proclamado en numerosas ocasiones. La ponderación de la prueba de descargo -decíamos en nuestras SSTs 318/2013, 11 de abril y 258/2010, 12 de marzo- representa un presupuesto *sine qua non* para la racionalidad del desenlace valorativo. Su toma de consideración por el Tribunal a quo es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso. En palabras del Tribunal Constitucional, exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (cfr. SSTC 148/2009, 15 de junio y 187/2006, de 19 de junio F. 2).

Desde esta perspectiva adquiere especial valor el pasaje de la sentencia recurrida en cuyo FJ 2º, bajo el epígrafe "Valoración de la prueba" puede leerse lo siguiente: "... así, frente a la versión exculpatória ofrecida por el acusado, según el cual, fue todo una invención de algunas madres instigadas por su ex-esposa que quería desprestigiarle y de algunos padres que conocían que, años atrás, le habían abierto un expediente disciplinario por hechos similares, noticia que, según sostiene, tuvo amplia repercusión mediática, versión que, en modo alguno ha quedado acreditada en el plenario, este Tribunal atribuye valor probatorio de cargo suficiente y credibilidad preeminente a los testimonios ofrecidos en el plenario por las víctimas, Ángela, Milagros, Estefanía, Encarnación, María Cristina y Salvadora, en los que no se atisba la existencia de móvil espurio alguno que ponga en duda la veracidad de sus declaraciones pues sus manifestaciones fueron espontáneas, libres, naturales y sencillas y avalaron las declaraciones que prestaron en fase de instrucción".

La Audiencia, pues, ha tenido bien presente el hilo argumental de la defensa, mediante el que se pretendía demostrar la falsedad de los hechos, inspirados por el afán de venganza de la ex esposa del acusado, que habría contado con el apoyo de algunas madres y de aquellos padres que conocían el impacto mediático que episodios anteriores habían producido en la localidad. Los Magistrados de instancia toman como premisa metodológica la valoración del desplegado esfuerzo de alegación y prueba por parte de la defensa, pero descartan su virtualidad como prueba de descargo. Es a partir de esta idea como hay que explicar los silencios que denuncia el recurrente. Nótese, además, que ninguno de los testimonios cuya valoración se echa en falta



por la defensa conducirían a excluir la realidad de los hechos. Los testimonios a los que la Audiencia ha atribuido valor incriminatorio son aquellos ofrecidos por testigos que vieron los hechos. Lo que ahora interesa el motivo es que excluyamos su suficiencia probatoria y hagamos nuestra la versión de quienes no vieron los hechos pero se pronunciaron sobre las advertencias del centro escolar acerca del carácter problemático o controvertido de Benito .

Igual rechazo merece el valor que atribuye la defensa al dato de que la menor Ángela dirigiera el mismo día de su declaración en el plenario una *petición de amistad* a la página de *Facebook* del acusado. Y es que ese hecho puede incluso adquirir una significación incriminatoria si se aprecia tal forma de conducirse como la genuina muestra de añadidos efectos de victimización que los actos del acusado pudieron proyectar sobre Ángela .

El motivo decae (art. 885.1 y 2 LECrim).

6.- El quinto motivo sostiene la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el principio *in dubio pro reo* y el art. 74 del CP . Estima la defensa que no existe el más mínimo apoyo probatorio para la individualización de los actos que integran la continuidad delictiva. El hecho de que, como admite la propia sentencia, no se cuantifique ni precise el número de episodios de abuso, nunca debería jugar en contra del acusado para permitir la aplicación del delito continuado y la consiguiente exasperación punitiva.

La falta de ubicación cronológica de las distintas secuencias fácticas que integran el hecho probado ya ha sido objeto de atención al examinar el segundo de los motivos. A lo allí expuesto -FJ 3º B)- conviene remitirse. También hemos precisado que la exacta fijación de la fecha en la que el sujeto activo despliega la acción criminal no forma parte del tipo. De ahí que con los matices que ya hemos hecho acerca de los respectivos episodios relacionados con Encarnacion y María Cristina , en ningún otro pasaje del *factum* detectamos una posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva de la falta de apoyo probatorio para la individualización de los actos que definen la continuidad delictiva. Se trata de acciones perfectamente descritas, con distintos sujetos pasivos -niñas menores de edad que eran alumnas del acusado-, llevadas a cabo en ejecución de un designio persistente de satisfacción sexual y que siempre aprovecharon la posición del acusado como profesor de todas ellas.

Existe, en fin, un innegable basamento probatorio para la integración fáctica del delito continuado por el que se ha formulado condena y una congruente aplicación de la doctrina de esta Sala que interpreta el alcance del art. 74 del CP en materia de delitos sexuales, subrayando su excepcionalidad (cfr. SSTs 510/2009, 12 de mayo ; 1378/1994, 30 de junio ; 1387/1994, 5 de julio ; 626/2005, 13 de mayo ; 553/2007, 18 de junio ; 414/2002, 11 de marzo ; 878/98, 24 de junio y 1378/1994, 30 de junio).

El motivo ha de ser rechazado (art 885.1 LECrim).

7.- El sexto y último motivo se hace valer por la vía de la infracción de ley, el error de derecho del art. 849.1 de la LECrim , por indebida aplicación de los arts. 183.1 y 183.5 del CP , con la consiguiente inaplicación indebida del art. 620.2 del mismo texto legal .

La Audiencia ha estimado, en contra del reo y en ausencia de un adecuado reflejo en el *factum* del tipo subjetivo, que los hechos dirigidos a María Cristina y Encarnacion no eran constitutivos de una falta del art. 620.2 del CP , sino de un delito del art. 183.1 y 183.5.

La estimación del segundo de los motivos, por las razones que han quedado expuestas en el FJ 3º de esta misma resolución, ahorran a la Sala detenerse en justificar la estimación del motivo y consiguiente absolución por los hechos ligados a Encarnacion y María Cristina .

8.- Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de Benito contra la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2015, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga en causa seguida contra el mismo por un delito de abusos sexuales a menores, **casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Manuel Maza Martin **D. Luciano Varela Castro** D. Antonio del Moral Garcia D. Joaquin Gimenez Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

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

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil dieciséis.

Por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, en el procedimiento abreviado núm. 60/12, dimanante de las DP 445/2012, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Ronda, se dictó sentencia de fecha 18 de diciembre de 2015, que ha sido **casada** y **anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 3º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del segundo y sexto de los motivos entablados, declarando que los hechos descritos en los apartados 3 y 4 del juicio histórico proclamado por la sentencia de instancia vulneran el derecho constitucional a la presunción de inocencia, por su laconismo descriptivo y por la necesidad de una integración complementaria, en contra del reo, con los otros hechos que se declaran probados.

III. FALLO

Manteniendo el resto de la condena tal y como consta en la sentencia recurrida, **debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al acusado **Benito** de los delitos de abusos sexuales descritos en los apartados 3 y 4 del relato de hechos probados de la sentencia casada. En consecuencia, quedan sin efecto las penas de dos años impuestas por cada uno de los dos delitos de abusos sexuales de los artículos 1831 y 5 del CP. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Manuel Maza Martin D. Luciano Varela Castro D. Antonio del Moral Garcia D. Joaquin Gimenez Garcia

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