



Roj: **STS 246/2022 - ECLI:ES:TS:2022:246**

Id Cendoj: **28079120012022100070**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/01/2022**

Nº de Recurso: **1589/2020**

Nº de Resolución: **79/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 79/2022**

Fecha de sentencia: 27/01/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1589/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de Aragón. Sala Civil y Penal

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1589/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 79/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de enero de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 1589/2020, interpuesto por **D. Carlos Daniel**, representado por el procurador D. Carlos Piñeira Campos, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Teresa Cardiel Gómez contra la sentencia n.º 8/2020 de fecha 12 de febrero de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 439/2019 de fecha 19 de noviembre dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, en el PA 726/2019, procedente del Juzgado de Instrucción num. 4 de Zaragoza.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Zaragoza incoó Procedimiento Abreviado 341/2019 por delito de abuso sexual contra Carlos Daniel; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, cuya Sección Sexta, (P.A. núm. 726/2019) dictó Sentencia en fecha 19 de noviembre de 2019 que contiene los siguientes **hechos probados**:

" **PRIMERO.-** El día 20 de diciembre de 2018 Carlos Daniel comenzó a trabajar, con carácter voluntario, como entrenador del equipo de fútbol " DIRECCION001 " del Club Natación DIRECCION000 de Zaragoza. Desde el comienzo de su trabajo, con los jugadores, nacidos en los años 2007 y 2008, por lo tanto de 12 y 11 años de edad, se dedicó a hacerles comentarios soeces e inapropiados de contenido sexual, explicándoles como colocarse un preservativo, cómo se mantenían relaciones sexuales o se realizaban las masturbaciones, contándoles también anécdotas de carácter sexual sobre la materia que le habían sucedido al acusado.

Además les dijo a los jugadores que era fisioterapeuta.

El día 25 de enero de 2019, viernes, uno de los jugadores, Basilio (nacido el NUM000 de 2007), llegó un poco antes al entrenamiento, quedándose a solas con el acusado en el vestuario, quien con la excusa de que le iba a realizar un reconocimiento médico; obligó al menor a tumbarse encima de una mesa, lugar en el cual el Sr. Carlos Daniel le puso la mano en el pecho y en la tripa. Seguidamente le dijo que se pusiera de pie y le palpó la espalda, tocamientos que realizó sobre la ropa que el jugador llevaba puesta y con la finalidad de satisfacer sus instintos sexuales.

El siguientes viernes, día 1 de febrero de 2019, durante el entrenamiento en el citado Club, Carlos Daniel dijo a los jugadores que tenía que hacerles un reconocimiento para elaborar unas fichas sobre sus características físicas, tales como su talla, estatura, peso, etc., y debía de comprobar si tenían lesiones, hernias, o problemas de corazón y pulmón. Para ello fue llamando uno a uno a siete de los jugadores, quienes entraron en el vestuario de entrenadores uno por uno, quedándose a solas con el acusado que cerró la puerta una vez que los menores se habían introducido en su interior.

A continuación el acusado les hizo valorar al anterior entrenador y a él, les preguntó si tenían intención de continuar en el equipo y si habían padecido alguna lesión o enfermedad. Seguidamente les dijo que les iba a hacer unas pruebas, para lo cual tenían que tumbarse sobre una mesa tipo escritorio y comenzó a hacerles a todos y cada uno de los siete, por separado y estando solos, con la puerta cerrada, los siguientes tocamientos y palpaciones y en las siguientes condiciones, con la finalidad de satisfacer su instinto sexual:

1. A Ceferino, nacido el NUM001 de 2008, le tocó por encima de la ropa por la parte de los gemelos y por las ingles. También le tocó el pecho y la tripa, y le dijo que se pusiera las manos sobre la altura del pecho y de la vejiga que tosiera.

2. A Constancio, nacido el NUM002 de 2007, le quitó las prendas de la parte superior del cuerpo hasta que dejó al descubierto sus pectorales, colocándole la mano a la altura del corazón, diciéndole que era para sentir los latidos. También le colocó la mano en el abdomen y le solicitó que tosiera. Seguidamente, tras quitarse los pantalones, dejándose puesto el calzoncillo, le tocó varias partes de las piernas y las ingles.

3.- A Dionisio, nacido el NUM003 de 2007, le dijo que se bajara los pantalones y se quedara en calzoncillos. Seguidamente le tocó las ingles y las piernas. También le palpó el pecho y la espalda por encima de la camiseta.

4.- A Emiliano, nacido el NUM004 de 2007, le levantó la camiseta y le subió los pantalones desde la rodilla hasta la ingle. Le tocó las piernas hasta las ingles. Seguidamente le levantó un poco la camiseta y le tocó el pecho.

5. A Eulogio, nacido el NUM005 de 2008, le subió un poco la camiseta y le puso la mano en el pecho en la zona del corazón, y seguidamente en la zona abdominal existente bajo el ombligo.



6. A Ezequias , nacido el NUM006 de 2007, le hizo quitarse los pantalones y los calzoncillos, quedando desnudo de cintura para abajo. Entonces el Sr. Carlos Daniel le puso la mano en el vientre por debajo del ombligo mientras que le pedía que respirara para comprobar si tenía alguna hernia, y seguidamente le tocó las ingles. A continuación, el menor se puso de pie, y el Sr. Carlos Daniel le pidió que se diera la vuelta y se agachara un poco, para que se tocara el sacro y fuera bajando por la raja de las nalgas, con la excusa de que así podía ver si tenía correctamente formada la columna vertebral.

7. A Héctor , nacido el NUM007 de 2007, le hizo quitarse los pantalones dejando al descubierto los calzoncillos y le tocó la parte alta de las piernas y las ingles. También le tocó la parte abdominal por encima de la camiseta. El menor se sintió incómodo ante tales hechos.

**SEGUNDO.-** Al terminar el entrenamiento los menores hablaron entre ellos sobre lo ocurrido, que les extrañó ya que ningún entrenador les había realizado ningún reconocimiento ni realizado los anteriores tocamientos ni palpaciones, si bien pensaron que podía ser normal ya que Carlos Daniel les había dicho que era fisioterapeuta. Sin embargo, alguno de ellos decidieron contárselo a sus padres.

Al día siguiente 2 de febrero de 2019, durante el partido que jugaba el equipo, los padres hablaron entre sí y se pusieron en contacto con el Club cesando de manera inmediata al acusado, y presentando la correspondiente denuncia.

**TERCERO.-** Carlos Daniel no es fisioterapeuta. Había firmado un compromiso de acción voluntaria con la Fundación DIRECCION000 el día 20 de diciembre de 2018 como auxiliar de entrenador de fútbol para la temporada 2018-2019 si bien realizada funciones de entrenador. No estaba previsto que renovara para la temporada 2019-2020. En el protocolo del Club se establecía que los reconocimientos de los jugadores se hicieran conjuntamente por dos entrenadores y con todos los chicos a la vista, no estando el acusado autorizado para realizar dicha tarea."

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

"CONDENAMOS al acusado Carlos Daniel , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de ocho delitos de abuso sexual a menor de 16 años, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 2 años de prisión, para cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; a la pena de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 200 metros a las víctimas, a su domicilio o lugar donde se encuentren por tiempo de 3 años; a la pena de prohibición de comunicación por cualquier medio o procedimiento con los menores durante un plazo de 3 años; a la prohibición de aproximación al Centro de Natación DIRECCION000 a una distancia inferior a 200 metros por tiempo de 3 años; a la pena de 5 años de libertad vigilada para ejecutarse una vez cumplida la pena privativa de libertad, consistente en la obligación de participar en programas formativos y de educación sexual; a 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 de 5 años; y al pago de las costas procesales, sin incluir las de la acusación particular.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes. Contra esta sentencia puede interponerse recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del TSJA, el cual se formalizará mediante escrito a presentar ante este Tribunal, dentro de los diez días siguientes a su notificación."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Carlos Daniel ; dictándose sentencia núm. 8/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de en fecha 12 de febrero de 2020, en el Rollo de Apelación 1/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

"1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Carlos Daniel , contra la sentencia dictada en fecha 19 de noviembre de 2019 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, en el rollo de sala 726/2019, derivado de los autos de P. A. nº 341/2019 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Zaragoza.

2º.- Confirmar en todos sus extremos la referida sentencia.

3º.- Declarar de oficio las costas ocasionadas en esta apelación.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 LECRIM), que ha de prepararse mediante escrito autorizado por abogado y procurador presentado ante este tribunal dentro de los CINCO DIAS siguientes al de la última notificación."



**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representación procesal de D. Carlos Daniel que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente **motivo de casación**:

Motivo único.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley por aplicación indebida del artículo 183.1 del Código Penal, reforzado por vulneración del DERECHO A LA DEFENSA ", implícito en el artículo 24 de la Constitución.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La sala lo admitió quedando los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 26 de enero de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO MOTIVO, AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY POR APLICACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 183.1 CP , " REFORZADO POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA, IMPLÍCITO EN EL ARTÍCULO 24 CE " (sic)**

1. El recurrente, bajo la invocación de un solo motivo por infracción de ley del artículo 849.1º LECrim, formula tres submotivos de los que dos poco o nada tienen que ver con el cauce escogido para ello. Lo que obliga a una sustancial reformulación, a partir del contenido pretensional identificado. Y ello con la finalidad de garantizar la eficacia del recurso contra una sentencia de signo condenatorio. En puridad, se formulan dos motivos por infracción de precepto constitucional - en el caso, de los derechos a la asistencia letrada eficaz y a la presunción de inocencia, garantizados en el artículo 24.2 CE- y un tercero por infracción de ley en sentido estricto por el que se combate el juicio de subsunción.

Para un mejor análisis del recurso, procede iniciarlo por los gravámenes constitucionales para, a la vista de su resultado, abordar, en su caso, el gravamen estrictamente normativo.

### § Vulneración del derecho de defensa

2. Para el recurrente, las reiteradas intervenciones del presidente del tribunal provincial mientras la letrada defensora exponía su informe no solo patentaron una evidente hostilidad, sino que también supusieron una efectiva merma de la eficacia de tan vital instrumento de defensa. En un tono hostil, incluso elevando la voz, conminó reiteradamente a la abogada para que finalizara, pese a que no habían transcurrido más que breves minutos desde el inicio del informe, generando una situación particularmente incómoda que obligó a aquella a ponerlo fin. A su parecer, se lesionó gravemente el derecho a una defensa eficaz sin justificación alguna pues el artículo 737 LECrim no prevé ningún límite temporal al informe más allá de la necesidad de que se ajuste al contenido de las conclusiones elevadas a definitivas. No es razonable que se limite a diez minutos el uso de la palabra en un supuesto en el que la acusación se extiende a ocho delitos de abusos sexuales estando en juego una *pena de prisión considerable* (sic).

Vulneración del contenido del derecho de defensa que debe conllevar a la nulidad del juicio.

3. El motivo no puede prosperar. En puridad, concurre causa de inadmisión que en este estadio procedimental del recurso se convierte en causa de desestimación.

En efecto, el submotivo se ha formulado *per saltum* ante esta instancia casacional, lo que impide entrar a conocerlo. Como dijimos en la STS (Pleno) 345/2020, de 25 de junio, "*Sin embargo emerge ahora, al examinar con detalle el recurso y sus antecedentes, otro problema de admisibilidad: se suscita una cuestión nueva en tanto no fue planteada ni en la instancia ni en apelación. No es ello posible, salvo supuestos marcadamente excepcionales. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Se analiza si ha acertado al resolver el recurso planteado. No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación. No podemos revisar la decisión de la Audiencia sobre ese punto, sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto el tema no le fue planteado. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso*".

Cuando coexisten dos escalones impugnativos -normalmente, apelación y casación-, al segundo solo podrán acceder, salvo excepciones relacionadas con el orden público procesal o gravámenes derivados de la propia



sentencia de apelación, las cuestiones que hayan sido objeto de debate en la instancia previa. Tal regla constituye una derivación de la doctrina de la *cuestión nueva* en el ámbito de los recursos, campo donde además adquiere connotaciones más rígidas. A la segunda instancia puede llevarse todo lo tratado en el juicio de instancia de forma explícita o implícita. También cuestiones que no hubieran sido alegadas pero que han aflorado en la sentencia como consecuencia de la amplitud del conocimiento en esa instancia, marcado tan solo por los principios acusatorio, en materia penal, y de rogación o dispositivo en otros ámbitos. No en cambio aquellos temas novedosos que fueron silenciados sin razón alguna en la instancia. De tal modo, a un recurso posterior solo podrá acceder lo delimitado por la impugnación previa. El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia. Pero no, insistimos, sobre todos, sino solo sobre aquellos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre estos puede pronunciarse el tribunal *ad quem*.

4. El gravamen de indefensión que ahora se denuncia no fue objeto del recurso plenamente devolutivo ante el Tribunal Superior de Justicia, sin que concurra circunstancia alguna que lo hubiera impedido. Y, desde luego, no puede aceptarse que este quede *hibernado* hasta que la parte decida activarlo, introduciéndolo como objeto del recurso de casación. Los gravámenes generados por la sentencia de instancia deben intentar repararse mediante el primero de los recursos devolutivos que lo permita. De no hacerse así, cabe presumir razonablemente que la parte ha renunciado a hacerlo valer. La casación no puede convertirse, por razones de oportunidad pretensional de la parte, en segunda instancia sin riesgo de desnaturalizar intensamente la función y la finalidad que cumple en el sistema de recursos.

#### § Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

5. El recurrente cuestiona la base probatoria de la condena calificándola de insuficiente. Se ha otorgado valor reconstructivo de forma acrítica al testimonio de los menores de edad sin analizar de forma detallada las contradicciones en las que incurrieron y los riesgos de que sus manifestaciones respondieran al clima creado, interfiriendo, por tanto, en la precisión y calidad de lo narrado. A su parecer, los testimonios de todos los menores presentan fragilidades e inconsistencias. Ceferino . utilizó una fórmula narrativa mayestática y fue incapaz de precisar si Ezequias . entró antes o después de él a la sala donde se encontraba el recurrente. Constancio . no mencionó en la comisaría que el recurrente le tocara la ingle ni supo precisar con claridad si se quitó los pantalones. Dionisio . reconoció que se creó un rumor entre todos los integrantes del equipo de fútbol. Emiliano ., por su parte, manifestó que lo que le pasó le pareció gracioso. Eulogio . indicó en comisaría que el recurrente no le quitó la ropa. Y con relación a las pruebas preconstituidas practicadas relativas a los testimonios de los menores Ezequias . y Héctor . no cabe obviar que el presidente del tribunal afirmó que habían estado *mal hechas (sic)* y pese a ello se les concedió valor probatorio. Destacando que Ezequias se mostró contradictorio con lo declarado previamente en comisaría además de afirmar que el recurrente estuvo con cada menor veinte minutos lo que resulta manifiestamente incompatible con la real secuencia de los hechos. Por su parte, Héctor negó en la declaración judicial que el recurrente le tocara la parte abdominal como afirmó, sin embargo, en la comisaría. Por último, el menor Basilio . indicó que el recurrente le tumbó en una mesa cuando lo cierto es que en el vestuario donde aquel se encontraba no hay mesa. Además, el tribunal prescindió de valorar los testimonios de los Sres. Benigno y Candido quienes afirmaron cómo los menores vivieron con total normalidad las *entrevistas* mantenidas con el recurrente y que eran aquellos los que introducían en las conversaciones con los miembros de staff técnico del equipo temas sexuales.

Se insiste en que los testimonios carecen de precisión y consistencia lo que les priva de verosimilitud y de valor para fundar una sentencia de condena.

6. El motivo nos impone, en atención al alcance pretendido, diferentes planos de control que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas y la consistencia de los razonamientos probatorios. Determinando, por un lado, si las razones por las que se atribuye valor a las informaciones probatorias responden a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico -vid. SSTS 617/2013, 310/2019- Y, por otro, si el método valorativo empleado se ajusta a las exigencias constitucionales de completitud y de expresa identificación en la sentencia de los criterios de atribución de valor con relación, primero, a cada uno de los medios de prueba practicados y, segundo, al cuadro probatorio observado en su conjunto, tal como exige el Tribunal Constitucional -vid. 340/2006, 105/2016- y esta propia sala -vid. entre muchas, SSTS 544/2015, 822/2015, 474/2016, 447/2021-.

Si bien, debemos precisar que esta función de control y de verificación no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria-



no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-.

De tal modo, el espacio del control casacional se reconfigura. En especial, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación se contrae al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid STC 184/2013-.

El control casacional en tercera instancia es, por ello, más normativo que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

**7.** Partiendo de lo anterior, el motivo debe ser desestimado. Y ello porque consideramos que la conclusión de culpabilidad a la que llegó el tribunal de instancia y que convalidó el Tribunal Superior se basó en prueba suficiente, racionalmente valorada.

El cuadro se integró por medios primarios y medios secundarios de reconstrucción. Entre los primeros, se encuentran la exploración de los menores y la declaración del propio acusado. Dentro del segundo grupo, debe hacerse referencia a la prueba testifical referencial e indirecta propuesta.

Dicha clasificación responde, en esencia, a un criterio cualitativo de potencialidad probatoria. Atendiendo a los hechos justiciables introducidos en el escrito de acusación, resulta evidente que su prueba depende, en gran medida, del valor acreditativo que otorguemos al testimonio de aquellos que de manera directa afirman o niegan la realidad de tales hechos. Los medios secundarios vendrían a suministrar información relevante para la corroboración de los testimonios directos, pero carecerían de idoneidad acreditativa para fundar, exclusivamente, sobre sus resultados la declaración de condena pretendida por las acusaciones.

**8.** En el caso, los testimonios ofrecidos por los ocho menores se convierten en elemento nuclear del cuadro probatorio. Lo que comporta la necesidad de someterlos a un exigente test tanto de verosimilitud subjetiva como de fiabilidad objetiva de las informaciones ofrecidas. Test que obliga a la identificación de las circunstancias psicofísicas de los testigos que puedan afectar a la capacidad de narración; del contexto psico-socio-cultural en el que se desenvuelven; de las relaciones que les vinculaban con el acusado; del grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; de la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; de la persistencia en la voluntad incriminatoria; de la concreción o de la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo atendiendo a las circunstancias concretas; de la coherencia interna y externa del relato. En particular, su compatibilidad "fenomenológica" con otros hechos o circunstancias espacio-temporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba.

**9.** Y lo cierto que los testimonios de los ocho menores ofrecieron informaciones altamente fiables sin que se identifique, tampoco, ningún déficit de credibilidad subjetiva derivado de una mala relación con el recurrente o por la concurrencia de fines espurios.

El modo en que cada uno de los menores narró lo acontecido permite descartar presiones sugestivas de terceros y también, como se desliza por el recurrente, una suerte de contaminación grupal del propio relato. Es cierto que atendidos determinados factores predisponentes, la exposición de los testigos, en particular los menores de corta edad, a la llamada *información post evento*, puede alterar al recuerdo originario y estimular narraciones adaptativas a dichas informaciones.

Pero no es el caso que nos ocupa. Las condiciones espacio-temporales de producción de los hechos y la casi inmediata puesta en conocimiento de los mismos a los padres y responsables del club excluye el riesgo de que los menores se vieran expuestos a informaciones provenientes de otras fuentes ajenas a su propia experiencia pero que determinarían o alterarían el recuerdo y su posterior relato.



Por otro lado, tampoco apreciamos en los diferentes testimonios prestados contradicciones significativas con las declaraciones prestadas en otras fases del proceso. En todo caso, debe remarcar que el nivel de coherencia no se puede medir a partir de desviaciones mínimas o poco significativas con relación al relato primigenio que conforma la denuncia o la puesta en conocimiento en la policía de los hechos justiciables. La información a valorar es la que se aporta al plenario y solo en el caso de que se identifiquen imprecisiones o contradicciones sustanciales, como reclama el artículo 714 LECrim, podrán revelarse y exigirse del testigo que explique las razones de la contradicción irreductible. La prueba plenaria no puede reducirse a procurar una suerte de reproducción memorizada o mimética de lo que se declaró tiempo atrás ante la Policía, en un contexto de interrogatorio sin elementos contradictorios y, desde luego, sin control judicial. No es aceptable que esta información, saltándose las condiciones de acceso a la información sumarial que impone el propio artículo 714 LECrim, se convierta en el canon de atendibilidad de la información plenaria.

Y por lo que se refiere a las imprecisiones estas deben ser valoradas situacionalmente, sin perder de vista, en el caso, la edad de los menores y el tiempo transcurrido entre el hecho y el momento en que aquellos acudieron a declarar a juicio. Debiéndose recordar, en todo caso, que no cualquier imprecisión compromete la fiabilidad de la información suministrada. Las indicadas por el recurrente, a partir, además, de una indebida técnica de contraste, seccionando el conjunto de las informaciones aportadas, en nada afectan al núcleo de las respectivas narraciones ni a los elementos fácticos esenciales con los que se construye el relato de hechos probados sobre el que recae el juicio de subsunción.

El alto nivel de coincidencia entre los diversos testimonios prestados por los menores sirve, en este caso, para revelar un significativo patrón de conducta del hoy recurrente. Pero no solo. La coincidencia presta un notable nivel de corroboración mutua entre todos ellos.

**10.** Pero, además, no puede obviarse que el propio testimonio del recurrente corrobora sustancialmente la información aportada por los menores. En efecto, este reconoció la existencia de los contactos físicos con los niños con la finalidad, precisó, de elaborar una ficha en la que constara la talla, edad, peso, enfermedades y lesiones que pudieran parecer. Lo que fue confirmado por los testigos Sres. Benigno y Candido .

A lo que deben sumarse las informaciones indirectas aportadas por los testigos, Sres. Inmaculada y Eutimio , con relación, por un lado, al momento en que accedieron a lo relatado por los menores a sus padres -el propio día 1 de febrero-. Y, por otro, a la ausencia de toda autorización al recurrente por parte del club para realizar cualquier tipo de exploración a los menores.

**11.** El saldo acreditativo que arroja el conjunto de los medios de prueba practicados es manifiestamente positivo. Lo que confirma la idea-fuerte relativa a que el cuadro probatorio no puede analizarse por trazos. Que los medios probatorios no conforman subsecuencias aisladas, debiendo ser abordados desde una unidad lógico-cognitiva. En un supuesto tan delicado como el que nos ocupa, el valor, la solidez, de la convicción del Tribunal depende, en buena medida, no de la hipertrófica asignación de valor reconstructivo a un medio probatorio concreto sino a la construcción de un discurso racional conformado por todos los medios de prueba. La fuerza acreditativa se anuda a la compatibilidad de los diferentes resultados, de su encaje, del valor añadido que respecto a cada uno de los medios producidos se desprende de la práctica de los otros medios de prueba.

### **§ Error de subsunción**

**12.** Para el recurrente, los hechos no pueden considerarse típicos ya que no concurren los elementos exigidos por la ley penal. El elemento subjetivo se nutre del conocimiento de la naturaleza sexual del acto que voluntariamente se ejecuta y la conciencia de afectación del bien jurídico, pero ello solo puede valorarse cuando se realice un acto inequívoco de contenido sexual que atente contra el bien jurídico protegido que no es otro que la indemnidad sexual. De tal modo la conducta debe ser idónea para lesionarlo o ponerlo en riesgo. Idoneidad de la que, en opinión del recurrente, carece la conducta declarada probada. Ninguno de los menores ha sufrido daño físico o moral ni se ha puesto en peligro su desarrollo psicológico. Lo que explica que el tribunal no estableciera ninguna indemnización a su favor y los progenitores se retiraran del proceso penal en curso.

**13.** El motivo plantea una interesante cuestión normativa como es la de valorar si los hechos declarados probados adquieren un inequívoco contenido sexual, como se reclama por la jurisprudencia de esta Sala, como presupuesto del juicio de tipicidad -vid. STS 130/2019, de 12 de marzo-.

Para ello debe partirse de que el significado sexual de un determinado tocamiento se nutre, sobre todo, de valoraciones socio-culturales que permitan identificar que las zonas del cuerpo en las que se proyecta corresponden con las que, en términos intersubjetivamente compartidos, las personas viven su sexualidad o se interrelacionan con otros sexualmente. Vínculo entre cuerpo y sexualidad que posibilita reconstruir el ánimo atentatorio de la indemnidad sexual que mueve a quien lo realiza.



La atribución de valor sexual a la acción no puede hacerse depender de un elemento extrapenal tan difuso como el llamado ánimo lúbrico o libidinoso del autor, sin perjuicio de que dicha intención, de concurrir, pueda servir como dato probatorio para su acreditación en supuestos equívocos -vid. STS 957/2016, de 19 de diciembre-.

En efecto, para lesionar el bien jurídico de la indemnidad sexual de una persona importa muy poco si el victimario pudo o buscaba sentir, o no, placer realizando la acción o si le movían otras finalidades distintas como las de cosificar o humillar. Lo decisivo es identificar si en términos de adecuación objetiva se lesionó el bien jurídico. En el caso, el derecho a la autonomía personal proyectada sobre la dimensión sexual del propio cuerpo. El derecho a que quede al abrigo de una acción intrusiva de un tercero sin consentimiento. Acción que cuando se proyecta sobre aquellos órganos o partes del cuerpo que adquieren en términos emocionales, culturales y autorreferenciales valor o significado sexual supone también un atentado específico al derecho a la indemnidad sexual. Aun cuando, por las condiciones de edad o madurez, la víctima no perciba la lesividad de la acción que sufre. La protección contra el abuso sexual infantil no puede hacerse depender de que la víctima interiorice las consecuencias que sobre su vida pueden derivarse, como parece sugerir el recurrente.

Sobre esta cuestión debe recordarse los muy exigibles deberes de protección de la indemnidad sexual de los menores, como personas especialmente vulnerables, que incumbe a los Estados, en los términos precisados en el Convenio [de Lanzarote] del Consejo de Europa *para la protección de los menores contra la explotación y el abusos sexual*, de 25 de octubre de 2007 y la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil* -vid. sobre el alcance de las obligaciones positivas de protección, STEDH, de Gran Sala, caso X y otros c. Bulgaria, de 2 de febrero de 2021-.

**14.** En el caso, tal como se declara probado, el hoy recurrente, el 1 de febrero de 2019, hizo pasar uno a uno a los menores a una dependencia del club deportivo, indicándoles que se tumbaran en una mesa tipo escritorio porque les iba a realizar "unas pruebas". Y así procedió a realizar tocamientos en las piernas, en el pecho y en la zona paragenital, la ingle, a los menores Ceferino -sobre las ropas-, Constancio -le hizo quitarse la camiseta-, Dionisio -se quedó en calzoncillos-, Emiliano -le subió la camiseta y el pantalón-, Basilio -le hizo quitarse los calzoncillos- y Héctor -le hizo desprenderse de los pantalones-. Por su parte, al menor Eulogio, subiéndole la camiseta, le puso la mano en el pecho y por debajo del ombligo.

Es cierto que no se describen actos de introducción de dedos u órganos en la cavidad anal o tocamientos directos en los genitales. Pero ello no quiere decir que los tocamientos descritos no adquieran valor típico como actos de abuso sexual, disipando riesgos de equivocidad. Lo cuantitativo de la conducta afecta a la intensidad y a la gravedad, pero no excluye de forma necesaria la naturaleza sexual del acto. Una penetración es, desde luego, más grave que un tocamiento superficial sobre la zona íntima del cuerpo de una persona, pero precisamente por ello su reproche punitivo es distinto.

**15.** Es cierto, no obstante, que realizar un tocamiento en la zona pectoral masculina o en las piernas puede tener un significado sexual equívoco. Pero no lo tiene cuando el patrón de conducta se extiende a tocar, al tiempo, la zona pectoral, las piernas y una zona paragenital tan específica como la ingle, a la postre una buena parte del cuerpo de la víctima. Los tocamientos, por el modo en que se produjeron, estando los niños tumbados, parcialmente desprovistos de ropa, y por las zonas a las que se dirigieron, adquirieron, como anticipábamos, un incuestionable significado sexual.

**16.** También identificamos significado sexual en los tocamientos sufridos por el menor Eulogio, aunque no se extendieran a la ingle. La zona suprapúbica, por debajo del ombligo, también resulta sexualmente significativa cuando se toca, como es el caso, con la camiseta levantada, y el tocamiento se extiende, además, sin solución de continuidad, a la zona pectoral.

**17.** Conclusión sobre el significado sexual que se refuerza si se toma en cuenta, como también se declara probado, que el recurrente carecía de título profesional como fisioterapeuta y de toda autorización para realizar ningún tipo de reconocimiento físico a los niños.

**18.** Los hechos se distinguen con claridad de los analizados en otras sentencias de este Tribunal en los que atendidas las condiciones de producción -superficiales, por encima de la ropa, fugaces, instantáneos, sorpresivos, episódicos- de los contactos físicos en zonas del cuerpo con valor intersubjetivamente sexual surgían, sin embargo, dudas sobre su idoneidad para lesionar la indemnidad sexual. Optándose por su calificación como infracciones leves contra la integridad moral o contra la libertad -vid. SSTS 1302/2000, de 17 de julio [el autor introduce su mano fugazmente por debajo de la falda]; 949/2005, de 20 de julio [tocamiento de senos fugaz por encima de la ropa]; 789/2013, de 21 de octubre [un profesor de clases de magia que da varias *palmaditas* en las nalgas a dos alumnas menores de 11 años y en una ocasión, una, entre las bragas y las nalgas]; 561/2017, de 13 de julio [un camarero acompaña a dos niñas de 12 y 6 años de edad a jugar a un fútbolín, y colocándolas en posición de juego introduce la moneda en la ranura de la máquina haciendo



pasar el brazo entre las piernas de una de la niñas, tocando con ella, y por encima del pantalón, la zona genital]; 763/2017, de 27 de noviembre [tocamiento fugaz del glúteo de una niña menor de edad por su tío mientras esta dormía]-.

19. En el caso, los menores Ceferino , Constancio , Dionisio , Emiliano , Eulogio , Basilio y Héctor vieron limitada de forma significativa su libertad de autodeterminación sexual. Sus cuerpos fueron sometidos a la voluntad del autor, el hoy recurrente, sin su consentimiento, perturbando su intimidad personal e indemnidad sexual.

20. Sin embargo, no identificamos acción típica con relación a los hechos ocurridos el 25 de enero de 2019 con relación al menor Basilio . Se describe que al tumbarse sobre una mesa y por encima de la ropa " *le puso la mano en el pecho y en la tripa. Seguidamente le dijo que se pusiera de pie y le palpó la espalda*".

En este subhecho, y por las razones anteriormente expuestas, aunque pueda afirmarse que dichos tocamientos no estaban justificados en ninguna finalidad fisioterapéutica, la descripción que se hace de los mismos y de las condiciones de producción dificultan identificar, fuera de toda duda razonable, su inequívoco significado sexual y la idoneidad necesaria para lesionar el bien jurídico protegido.

El principio de responsabilidad por el hecho impide suplir o superar la duda presumiendo que el tocamiento tenía el mismo significado sexual que los producidos una semana después y de los que fueron víctimas otros menores, miembros del equipo.

De ahí que, con estimación del motivo, proceda absolver al recurrente de este delito por el que había sido condenado.

#### CLÁUSULA DE COSTAS

21. De conformidad a lo previsto en el artículo 901 LECrim, deben declararse las costas de oficio.

#### CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

22. Tal como disponen los artículos 109 LECrim y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal, mediante sus legales representantes, de los menores Ceferino ., Constancio ., Dionisio ., Emiliano ., Eulogio ., Ezequias ., Héctor . y Basilio .

### FALLO

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

**Haber lugar, parcialmente, al recurso de casación** formalizado por la representación del Sr. Carlos Daniel , contra la *sentencia de 12 de febrero de 2020 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón* , cuya resolución casamos y anulamos, dictando a continuación la sentencia que proceda.

Las costas de esta alzada se declaran de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1589/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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 Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz



D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de enero de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 1589/2020, interpuesto por D. Carlos Daniel contra la sentencia núm. 8/2020 de fecha 12 de febrero de 2020 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho del auto de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación procede dejar sin efecto el pronunciamiento condenatorio del recurrente con relación a uno de los delitos de abuso sexual, objeto de condena en la instancia. Lo que, además, debe proyectarse en la condena en costas, reduciéndolas en una octava parte.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Absolvemos a Don Carlos Daniel de un delito de abuso sexual (con relación al menor Basilio ) por el que venía siendo acusado.

Las costas de instancia se reducen a siete octavas partes de las causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.