



Roj: **STS 1957/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1957**

Id Cendoj: **28079120012022100465**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2022**

Nº de Recurso: **3255/2020**

Nº de Resolución: **465/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 465/2022**

Fecha de sentencia: 12/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3255/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: SECCION DE APELACIONES DE LA SALA DE LO C Y PENAL DEL TSJ DE CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: HPP

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

RECURSO CASACION núm.: 3255/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 465/2022**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 12 de mayo de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, número **3255/2020**, interpuesto por **D. Laureano** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Isabel Mota Torres bajo la dirección letrada de D. Alberto Venegas Lupiañez contra la sentencia núm. 89/20 dictada en el Rollo de Apelación num. 278/2019 por la Sección de Apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 27 de abril de 2020 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 310/2019 dictada el 25 de julio de 2019 por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta en el Rollo Abreviado nº 60/2018.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Reus instruyó el Procedimiento Abreviado con el núm. 11/17 por delito de abuso sexual contra Laureano , y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta, en la que vista la causa dictó en el Rollo Abreviado 60/18 sentencia núm. 310/2019 en fecha 25 de julio de 2019 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral han resultado acreditados los siguientes hechos:

1. El 26 de noviembre de 2015 la menor Amparo ., de doce años de edad en aquella fecha, se encontraba en el Centro Cívico de la AVENIDA000 , al que asistía dos veces por semana para realizar distintas actividades, dedicándose ese día concreto a estudiar porque al día siguiente tenía exámenes en el Instituto donde estaba cursando segundo de E.S.O.
2. Como estaba muy nerviosa y llorosa por los exámenes, la Sra. Apolonia , responsable de uno de los grupos del Centro, del que formaba parte Amparo ., dijo a la menor que saliera fuera de la clase, y así lo hizo Amparo ., que se dirigió al baño a lavarse la cara y después al patio para que le diera el aire.
3. Estando allí apareció el acusado Laureano , conserje del Centro Cívico, y le dijo que Apolonia la buscaba, por lo que Amparo . se dirigió de nuevo a la clase, para lo cual pasó al lado del conserje. El acusado caminó detrás de ella hasta que se puso a su lado y, hallándose en una zona en la que había un cartel o mural, estando ambos en ese momento detrás del mismo, el acusado le echó un brazo por encima del hombro y con una mano le tocó un pecho, presionándose durante unos segundos hasta que, como apareció Apolonia , dejó de hacerlo. Apolonia preguntó a Amparo . qué le había pasado al verla muy afectada, y la abrazó. El acusado preguntó a Apolonia que si quería que acompañara a Amparo . a beber agua y Apolonia le respondió que no, que ya se hacía cargo ella, entrando en clase con la menor.
4. Como consecuencia de los hechos la menor ha presentado problemas de insomnio y miedos recurrentes vinculados a la situación vivida".

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

"Que debemos condenar a Laureano como autor de un delito de abuso sexual del artículo 183.1 del Código Penal, concurriendo la atenuante simple de reparación del daño del artículo 21.5<sup>a</sup>, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la accesoria de prohibición de aproximación a la menor Amparo . en una distancia inferior a 500 metros, su domicilio, lugar de estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, por un periodo de cinco años, a cumplir de forma simultánea a la pena de prisión.

Igualmente le imponemos la medida de libertad vigilada por un período de cinco años, a ejecutar con posterioridad a la pena de prisión, y la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por periodo de cinco años.

En materia de responsabilidad civil, el acusado indemnizará a la menor, a través de su representación legal, en la cantidad de 400 euros, cantidad que en su caso devengará los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se impone al acusado el pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que conforme a los arts. 846 bis a) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de los diez días siguientes al de la notificación, del que conocerá el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Póngase en conocimiento personal de la Sra. Milagros , madre de la menor, conforme a los arts. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 7 del Estatuto Jurídico de la Víctima y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento



Europeo y del Consejo sobre normas mínimas de los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado Laureano y por el Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 89/20 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 27 de abril de 2020, en el Rollo de Apelación núm. 278/2019, cuyo Fallo es el siguiente:

"1. DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por Laureano y por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en fecha 25 de julio de 2019 por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4ª) en su Procedimiento Abreviado 60/2018.

2. CONFIRMAR la referida sentencia.

3. Declarar de oficio las costas procesales de esta alzada.

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 Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847.1 a) de la LECrim".

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado, Laureano 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, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Primero.-** Recurso de casación por quebrantamiento de forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 850-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse denegado indebidamente un medio de **prueba** propuesto en tiempo y forma causando indefensión a esta defensa (negativa de la declaración - exploración de la menor en el acto de juicio).

**Motivo Segundo.-** Recurso de casación por vulneración de precepto constitucional del artículo 24-2º de la Constitución Española, relativo al derecho fundamental a la presunción de inocencia, como autoriza el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (condena en virtud de **prueba** de cargo insuficiente).

**Motivo Tercero.-** Recurso de casación por infracción de ley que previene y autoriza el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley penal. Concretamente se denuncia la infracción del artículo 183-1º del Código Penal (infracción del artículo 183-1º el Código Penal, relativo al delito de abuso sexual sobre menores de dieciséis años).

**Motivo Cuarto.-** Recurso de casación por vulneración de precepto constitucional del artículo 24-2º de la Constitución Española, relativo al derecho fundamental a un procedimiento sin dilaciones indebidas, como autoriza el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (falta de apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas).

**Motivo Quinto.-** Recurso de casación por infracción de ley que previene y autoriza el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley penal. Concretamente se denuncia la infracción del artículo 21-5º del Código Penal, en cuanto a que, apreciada la circunstancia atenuante de reparación del daño, debió aplicarse como muy cualificada (falta de apreciación de la circunstancia atenuante de reparación del daño como muy cualificada). Se Renuncia.

**Motivo Sexto.-** Recurso de casación por vulneración de precepto constitucional del artículo 24-2º de la Constitución Española, relativo al principio acusatorio, como autoriza el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (condena a la pena de libertad vigilada prevista en el artículo 192-1º del Código Penal que no fue solicitada por el Ministerio Fiscal). Se Renuncia.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite y subsidiariamente la desestimación de todos los motivos por los argumentos que se recogen en su escrito de fecha 9 de diciembre de 2020; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



**SÉPTIMO-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 10 de mayo de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de D. Laureano recurre la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 27 de abril de 2020 que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 310/2019, de 25 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta, donde se le condena como autor de un delito de abuso sexual del artículo 183.1 CP, entre otras, a la pena de dos años de prisión, porque hallándose en sus tareas de *conserje de un Centro Cívico* (encontró a la menor Amparo . de doce años), y le dijo que *Apolonia* ( responsable de uno de los grupos) *la buscaba, por lo que Amparo . se dirigió de nuevo a la clase, para lo cual pasó al lado del conserje. El acusado caminó detrás de ella hasta que se puso a su lado y, hallándose en una zona en la que había un cartel o mural, estando ambos en ese momento detrás del mismo, el acusado le echó un brazo por encima del hombro y con una mano le tocó un pecho, presionándoselo durante unos segundos...*

1. El primer motivo que formula es por quebrantamiento de forma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 850-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al haberse denegado indebidamente un medio de **prueba** propuesto en tiempo y forma causando indefensión a esta defensa (negativa de la declaración - exploración de la menor en el acto de juicio).

En el extracto que encabeza el recurso, indica que la menor y presunta víctima de los hechos objeto de enjuiciamiento, no depuso en el plenario, decidiendo el Tribunal introducir su testimonio mediante la reproducción de su declaración en fase de instrucción, pese a que, entiende el recurrente, no existían razones para ello, por no desprenderse del informe técnico unido a las actuaciones un específico riesgo de victimización de la menor. Con esta decisión, afirma, se vulneró el derecho de defensa en su doble vertiente del derecho a valerse de los medios de **prueba** pertinentes y del derecho a interrogar los testigos de cargo, quebrándose, a su vez, la preceptiva contradicción y los principios de oralidad e inmediación.

A continuación, expone, con claridad y detallado contenido, la proposición del Ministerio Fiscal sobre su testimonio donde lo condicionaba el resultado al previo informe del equipo técnico, el contenido de dicho informe, la resolución consecutiva de la Audiencia Provincial y como fue resulta la cuestión en ambas instancias, la doctrina de esta Sala al respecto contenida en la sentencia núm. 579/2019, de 25 de noviembre; y la postura procesal mantenida por la recurrente en relación a esta **prueba**: i) protesta en la vista, ante la decisión de no escuchar a la menor en el acto de juicio y limitarse a reproducir la declaración realizada en fase de instrucción; y ii) solicitud del recibimiento de **prueba** en la segunda instancia, al formular el recurso de apelación; y iii) recurso de súplica ante la negativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de recibir declaración a la menor en segunda instancia

2. Efectivamente, el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de **prueba** se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3, o 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 3); aunque la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre, "dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado" ( STC 75/2013, de 8 de junio).

Así, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 56/2010, de 4 de octubre, precisa que la validez como **prueba** de cargo **preconstituida** de las declaraciones prestadas en fase sumarial (que en todo caso tiene la consideración de excepción la criterio general de que sólo pueden considerarse **pruebas** que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral) se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos: a) materiales, la imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral; b) subjetivos, la necesaria intervención del Juez de instrucción; c) objetivos, que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo; y d) formales, la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público



y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador. Criterio igualmente seguido por esta Sala, como muestra en su sentencia 375/2012, de 14 de mayo.

Ello es así, porque como indica en relación al déficit alegado, la STS 754/2016, 13 de octubre, "la vigencia del principio de contradicción representa un principio estructural en el proceso penal. Con él se posibilita el adecuado ejercicio del derecho de defensa, no siendo incluso ajeno a una genuina dimensión ética del ejercicio de la actividad jurisdiccional. Su significado ha sido enfatizado por la jurisprudencia constitucional, que afirma que la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las 'reglas esenciales del desarrollo del proceso' (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000, sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: 'el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos' (STC 144/1997, de 15 de septiembre)" (SSTC 12/2006, de 16 de enero, FJ 3; 93/2005, de 18 de abril, FJ 3; y 143/2001, de 18 de junio, FJ 3).

3. No obstante, la STS 492/2016, de 8 de junio recuerda que "el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable" (STC 187/2003, de 27 de octubre, F J 4, que considera cumplida la exigencia cuando la declaración sumarial del coimputado que incriminaba al acusado fue prestada antes de que éste se personara en la causa debido a que se encontraba huido; o cuando el acusado se encontraba en rebeldía, STC 115/1998; o cuando las declaraciones han sido prestadas en una instrucción sumarial declarada secreta, STC 174/2001).

En este sentido, se ha precisado que la exigencia de contradicción en la práctica de la declaración sumarial del testigo para posibilitar la lectura válida de la misma conforme al artículo 730 LECrim, se hace depender en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de que en aquel momento tal contradicción fuera factible (STC 94/2002 y STC 148/2005, entre otras). Esta doctrina del Tribunal Constitucional parece haber sido matizada, aunque no expresamente, en su STC núm. 134/2010, en la que se admite el valor probatorio de la declaración cuando la ausencia de contradicción efectiva sea imputable al propio acusado o a su defensa.

Ya advertía la STS 357/2014, de 16 de abril, el problema de la falta de contradicción no se resuelve mediante rígidas reglas de prohibición de valoración sino sopesando si las exigencias de equidad que justifican el aprovechamiento mayor o menor de la información testifical obtenida en las fases previas. Los déficits contradictorios en la producción de la fuente de **prueba** se pueden compensar aplicando estándares más cautelosos en la valoración de la **prueba**. El problema se desplaza de la admisión del medio de **prueba** a su valoración. Ello en directa alusión a la jurisprudencia del TEDH, establecida por sentencia de Gran Sala, en el caso *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, de 15 de diciembre de 2011, que establece los principios que conviene aplicar en aquellos procesos donde el tribunal admite como **prueba** las declaraciones anteriores de un testigo de cargo que no comparece en la vista; criterios desde los cuales, incluida su evolución ulterior, debe ser interpretada la normativa y jurisprudencia hasta ahora citada (art. 10.2 CE), especialmente cuando, cuando la declaración previa de un testigo ausente en la vista, que no ha sido objeto de interrogatorio por la defensa, deviene en la única **prueba** o la **prueba** determinante de la culpabilidad del acusado.

4. Igualmente, el criterio general de la jurisprudencia del TEDH, tal como expone el § 38 en el caso de *Gani c. España*, de 19 de febrero de 2013, es que todas las **pruebas** se deben practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, la utilización como **prueba** de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le dé la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver *Unterpertinger c. Austria*, 24 de noviembre de 1986, § 31).

5. Dicho criterio general, encuentra matizaciones, cuando de la víctima es menor de edad y muy especialmente si se trata de delitos sexuales.

Así la STC 57/2013, de 11 de marzo, que reitera los principios sentados en la 174/2011, de 7 de noviembre:

El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor



edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado. Hemos señalado ya que "en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado ( SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4)". Como destacamos entonces, recogiendo los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto "frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como 'una auténtica ordalía'; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad ( SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso *P.S. contra Alemania* ; 2 de julio de 2002, caso *S.N. contra Suecia* ; 10 de noviembre de 2005, caso *Bocos-Cuesta contra Holanda* ; 24 de abril de 2007, caso *W. contra Finlandia*; 10 de mayo de 2007, caso *A.H. contra Finlandia*; 27 de junio de 2009, caso *A.L. contra Finlandia*; 7 de julio de 2009, caso *D. contra Finlandia*; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso *A.S. contra Finlandia*)".

En atención al interés del menor hemos admitido que "en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada". Y en interés del acusado que ve así modificada la forma en que puede ejercer su derecho de contradicción, añadimos: "tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral".

E igualmente, es jurisprudencia de esta Sala Segunda (STS 415/2017, de 8 de junio) que "cuando se trata de menores, especialmente cuando según la denuncia han sido víctimas de delitos contra la indemnidad sexual, es conveniente proceder a su exploración, en sede judicial, mediante el concurso de expertos, adoptando las necesarias medidas de protección, generalmente consistentes en realizar la exploración en sala independiente, con comunicación visual y de audio con la que ocupe el Juez y las partes, y garantizando la posibilidad de contradicción, para lo cual es imprescindible dar a las partes la oportunidad de estar presentes y de efectuar las preguntas que consideren oportunas, siempre que sean consideradas pertinentes por el Juez, a través del cual se trasladarán al experto para que las formule a la persona explorada en la forma que considere más conveniente. La ley ( artículo 433 de la LECrim) exige estas garantías para que, al tiempo que se protegen los intereses de la persona menor de edad, se asegure la eficacia de los derechos del imputado. De forma que la exploración deberá ser grabada por medios audiovisuales, y en el caso de que no resulte posible o procedente el interrogatorio de las víctimas en el plenario, deberá procederse a la visualización de esa grabación".

Resolución que cita a su vez la STS núm. 71/2015, de 4 de febrero, donde se decía que esta Sala "ha estimado (SSTS 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras) que la previsión de "imposibilidad" de practicar una **prueba** testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la **prueba** durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores". Y, más adelante, se dice que "Cuando existan razones fundadas y explícitas (informe psicológico sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer), puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a introducir a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos".

6. Criterio que observa la normativa europea Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito* (que sustituyó la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, a cuya eficacia, incluso *propter legem*, obedecía la sentencia *Puppino* del TJUE), cuyo art. 24.1.a) establece que en las investigaciones penales, cuando las víctimas sean menores *los Estados miembros garantizarán que todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de **prueba** en procesos penales*; si bien precisaba que las normas procesales de estas grabaciones audiovisuales y el uso de las mismas se determinarán en el Derecho nacional; a cuya previsión obedece la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establecidas en su Disposición Final primera; lo que determina que los arts.



433, 448, 707 y 730 LECrim, en la redacción vigente otorgada por esta Ley 4/2015, deben ser interpretados desde el fundamento y finalidad del art. 24 de la Directiva.

7. Contenido de la Directiva europea, que se tiene en cuenta y pondera como normativa aplicable para los Estados Miembros, por el TEDH, garante de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establecido en el seno más amplio del Consejo de Europa, como sucede en la STEDH 24 de mayo de 2016, § 47 y 48, *Przydzial* c. Polonia:

47. El Tribunal observa que las disposiciones pertinentes del Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea (apartados 29 a 32 supra) contienen recomendaciones sobre el procedimiento penal, en particular con miras a tener en cuenta la vulnerabilidad particular de las víctimas menores durante el proceso y a impedir que el niño sufra un nuevo perjuicio como resultado de la investigación.

48. El Tribunal tiene en cuenta las particularidades de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales. Este tipo de procedimiento se suele experimentar a menudo como una dificultad para la víctima, especialmente cuando ésta se enfrenta a su voluntad con el acusado. Estos aspectos son tanto más relevantes en asuntos que impliquen un menor. Para apreciar si un acusado ha tenido o no un juicio justo en ese tipo de procedimientos, debe tenerse en cuenta el derecho de la presunta víctima al respeto de su vida privada. En consecuencia, *el Tribunal admite que, en los procedimientos penales relativos a la violencia sexual, se adopten determinadas medidas para proteger a la víctima, siempre que dichas medidas puedan conciliarse con un ejercicio adecuado y efectivo de los derechos de la defensa* (*Aigner*, art. 37; *Rosin* c. *Estonia*, art. 26540/08 § 53, 19 de diciembre de 2013; y *Luèiæ* c. *Croacia*, art. 5699/11, § 75, 27 de febrero de 2013). *Ello subraya la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos del acusado y los derechos del menor presentado como víctima*. Para garantizar los derechos de la defensa, las autoridades judiciales pueden ser llamadas a adoptar medidas que compensen los obstáculos a la defensa (*A. S. c. Finlandia*, N° 40156/07, § 55, 28 de septiembre de 2010).

En este asunto de *Przydzial* c. Polonia, el Tribunal Europeo, consideró justificada por una razón grave, la ausencia en la vista de una víctima de violencia sexual, menor de edad de 14 años que en la investigación preliminar, había sido oída en tres ocasiones por los investigadores y una por la autoridad judicial, aunque la defensa no fue informada de que las audiencias se llevarían a cabo. La víctima no asistió a la vista, pues resultaba de los informes médicos que corría el riesgo de perjudicar a su salud, lo que fue verificado por el Tribunal.

8. Ciertamente, como expresa la invocada STS 579/2019, en esa ponderación de intereses legítimos contrapuestos, la presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. La legitimidad de esa causa pasa por ponderar el derecho fundamental a la defensa del acusado con otros intereses y derechos dignos de protección, de tal suerte que tal ponderación permita modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, de modo que tales supuestos excepcionales deberán resultar debidamente justificados en atención a esos fines legítimos. Entre aquellos intereses se señala la necesidad de preservar la estabilidad emocional del menor y su normal desarrollo personal a proteger del riesgo de grave alteración con la inserción del menor en el entorno del procedimiento penal. Más, si cabe, cuando se le sitúa en el fragor del debate contradictorio de las partes durante las sesiones de la vista del juicio oral. Y como referencia para la ponderación se indica la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) (*SSTC 174/2011* y *75/2013*).

Todo lo cual se traduce en la exigencia de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico (como es el caso), sobre un posible riesgo para los menores, concreto y cuya entidad ha de determinarse, en caso de comparecer y verse sometidos al interrogatorio de las partes (*STS n° 366/2016* de 28 de abril y *STS 598/2015*).

9. Informe existente en autos, por lo que no se conculca, el criterio jurisprudencial invocado por el recurrente. Informe, que pese al reproche de generalidad que se realiza, al margen de su redacción, las indicaciones son emitidas a tenor de la "consulta del expediente administrativo y de la exploración realizada a la menor" y la conclusión deviene expresamente específica para la menor víctima-testigo de autos, donde recomienda sea preservada de tener que someterse a una nueva declaración judicial, con el objetivo de garantizar su estabilidad emocional y evitar los efectos de una victimización secundaria. Es decir, que aún cuando parte de prevenciones generales las afirma de específica proyección para esta menor, donde se indica que: *la victimización secundaria de la menor que puede ser especialmente intensa y perjudicial si se acuerda su asistencia a juicio oral; y que el impacto emocional derivado de una nueva declaración puede resultar perjudicial para la menor*.

Por otra parte, en complemento de esa opinión cualificada, como informa el Ministerio Fiscal, se valoró de modo preciso y amplio el conjunto de circunstancias que desaconsejaron la **prueba**, entre ellas que había



sido llamada dos veces al "circuito" judicial y que en instrucción constaba el video con su declaración, así como que la madre de la menor corroboró lo que ésta había sufrido con el episodio y el factum recoge que "como consecuencia de los hechos la menor ha presentado problemas de insomnio y miedos recurrentes vinculados a la situación vivida". Por tanto, apreció un riesgo de victimización derivado de la comparecencia de la menor en el acto del juicio que no era preciso correr en el caso puesto que la producción de la **prueba preconstituida** responde a lo establecido en el artículo 448 LECrim, en directa complementación con el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reforma la Ley Orgánica 1/1996.

10. Además, por otra parte, la **prueba** no fue propuesta por la parte recurrente, mientras que se practica en las condiciones en que interesa el Ministerio Fiscal, que la propone; y si bien es cierto que al inicio de la vista oral la hace suya, como autoriza el art. 786.2 LECrim, en este caso, se limita tal posibilidad a las que *se propongan para practicarse en el acto*, lo que implicaba la presencia de la menor, que ni siquiera estaba citada. Y en cuanto a la práctica de las diligencias de **prueba** en segunda instancia, su posibilidad viene limitada, conforme prevé el art. 790.3 LECrim, a: i) la práctica de las diligencias de **prueba** que no pudo proponer en la primera instancia, lo que no es el caso; ii) de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, lo que tampoco acontece dada la limitación descrita para las interesadas al inicio de la vista; y iii) y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables, que tampoco resulta de aplicación, pues se admitió en las condiciones de su proponente y así se practicó en congruencia con las indicaciones del informe interesado.

El motivo se desestima.

**SEGUNDO.**- El segundo motivo se formula por vulneración de precepto constitucional del artículo 24-2º de la Constitución Española, relativo al derecho fundamental a la presunción de inocencia, como autoriza el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (condena en virtud de **prueba** de cargo insuficiente).

1. Afirma que la declaración de la menor no solo no se ve corroborada por otros elementos externos o periféricos, sino que las testificales de terceros son contradictorias con el testimonio de la propia menor.

La divergencia alegada es por una parte que "en su declaración la niña asevera que cuando sale D<sup>a</sup>. Apolonia se hallaba con el acusado; por el contrario, la Sra. Apolonia manifiesta que la niña se encontraba sola cuando la encontró"; y por otra que en la narración de un primer momento el conserje no la abraza con la mano derecha y con la mano izquierda le toca el pecho, sino que alude a que la abraza y hace descender la mano con la que le abraza del hombro al pecho.

2. Conforme señalan numerosas resoluciones de esta Sala (con referencia expresa a la sentencia núm. 476/2017, de 26 de junio), "la reforma de La ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible. En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala. En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la **prueba**.

3. La sentencia de apelación al desestimar este motivo reseñaba:





La sentencia de la Audiencia afirma que la **prueba** de cargo fundamental que ha tomado en consideración es la declaración de la menor Amparo ., que transmitió informaciones que han resultado, en lo nuclear, plenamente fiables, ya que su testimonio se nutrió de indiscutibles trazos de persistencia y de coherencia incriminatoria; informaciones que fueron consecuentes con un debate contradictorio en circuito cerrado propio de la **prueba preconstituida**, en la que la menor respondió a las preguntas que le fueron realizadas por las partes, Concreta la sentencia que la propia actitud de la menor durante la exploración descarta cualquier intento de exageración o de sobreincriminación del relato; siendo que los hechos que lo integran los narró la menor no solo describiendo lo acontecido, sino que también expresó la repercusión que le supusieron, manifestando que al momento de suceder el incidente se quedó bloqueada y sin capacidad de reacción porque nadie le había tocado nunca el pecho, y también que el hecho de no haber sabido reaccionar le hizo sentir muy mal. Asimismo fue clara y explícita, incluso gráfica, cuando puntualizó que el acusado le tocó el pecho y se lo apretó, y aportó un dato muy significativo cual fue el de la intensa halitosis del acusado, demostrativo de que lo tuvo muy cerca, y para el Tribunal, reforzador de que lo narrado fue una experiencia vivida.

Razona la sentencia asimismo que la versión fáctica ofrecida por la menor se ve reforzada de manera decisiva por el resto de medios que conformaron el cuadro de **prueba**, en especial por las declaraciones de la madre de la menor y de la Sra. Apolonia , responsable de un grupo de menores en el Centro Cívico, y por último la **prueba** pericial del psicólogo miembro del Equipo Técnico que exploró a la menor, que afirmó que la menor aportó un relato que lo harían compatible con unos hechos realmente vividos,

La Sala de la Audiencia ha contado, en consecuencia, para formar su convicción sobre los hechos que se declaran probados, con un cuadro probatorio plural y de inequívoco signo incriminatorio.

Las objeciones que se efectúan en el recurso sobre las divergencias de algunas declaraciones sobre el relato del suceso no pueden ser atendidas.

En efecto, en primer término, y en lo que se refiere a la supuesto contradicción entre lo declarado por la menor S, en dependencias de la fiscalía sobre la presencia de la Sra. Apolonia y la declaración de ésta sobre su presencia cuando se produjo el incidente, no se observa una incompatibilidad entre las manifestaciones literales que se detallan en el escrito de recurso, en cuanto la niña afirmó que en el momento en que el acusado la tocó Apolonia salió de la clase, si bien no concretó que ésta presenciara los hechos. En lo que se refiere a la forma en qué se produjo el tocamiento a la niña, visionada su declaración este Tribunal comparte plenamente las apreciaciones que se realizan por la Sala de instancia sobre su claridad y expresividad y sobre su coherencia, y lo que no cabe, como pretende el recurrente, es confrontar dicha declaración con las manifestaciones que han efectuado terceras personas que no presenciaron los hechos, y, por tanto, tienen un conocimiento de éstos meramente referencial,

En este punto debe precisarse que a la credibilidad intrínseca de la declaración de la menor se suma la concurrencia de los elementos de corroboración que se señalan por la Sala de instancia. En primer término, la Sra. Milagros , madre de Amparo ., proporcionó información sobre la afectación que había supuesto para su hija la conducta del acusado y la repercusión posterior que le ha originado. En segundo lugar, la declaración de la Sra. Apolonia , que tuvo contacto directo con la menor de inmediatamente después de suceder los hechos y pudo hablar con ella. Y, por último, el psicólogo del Equipo Técnico que exploró a la menor afirmó la compatibilidad de su relato con una situación realmente vivida, por la ausencia de indicadores de fabulación y la presencia de indicadores genuinos,

4. Así pues, estamos ante una racional valoración, ausente de criterios ilógicos; donde en contra de las aseveraciones del recurrente, los elementos de corroboración periféricos del relato, son relevantes, tanto por la compatibilidad de la ubicación de los personajes implicados y terceros en el momento de autos, más allá de la absoluta precisión cronométrica y espacial; el momento de crisis de la menor; la alusión reiterada al conserje, en la situación de bloqueo emocional en que se encontraba; y el informe del psicólogo del Equipo Técnico de Tarragona, Sr. Juan Miguel , quién trasladó al tribunal información sobre la compatibilidad del relato de la menor con una situación realmente vivida, sobre la validez de su testimonio, sobre el bloqueo que experimentó ante una situación sorpresiva, no esperable, que la dejó paralizada; sobre la utilización de un lenguaje por parte de la menor propio de la edad, la ausencia de indicadores de fabulación y la presencia de indicadores genuinos.

Mientras que efectivamente, las contradicciones que expresa el recurrente, no son tales; carecen de relevancia, pues son matizaciones o muy ligeras variaciones de cómo percibe un tercero un determinado episodio, si el conserje estaba junto a la niña o unos metros más apartado o apareciendo al instante; o si cuando narra el tocamiento, menciona un solo brazo o los dos del conserje.

Y por otra parte, la persistencia no puede ser entendida con el automatismo que se deriva de su propio significado gramatical. De hecho, hemos advertido en numerosos precedentes acerca de la conveniencia de no exigir una continuidad, casi literal, en el relato. Hemos confirmado sentencias en las que factum sobre



el que se apoya la condena se ha enriquecido con testimonios no siempre coincidentes en la primera y la última de las versiones. La necesidad de persistencia en la incriminación no puede confundirse con una repetición mimética, en la que la víctima, lejos de narrar con naturalidad la lacerante vivencia que acompaña a un delito de esta naturaleza, insiste con artificiosa fidelidad en el relato de lo que ya fue anticipado en la primera de las declaraciones. Quien exige una imitación reiterativa de lo narrado en la comparecencia inicial está prescindiendo de las diferencias entre ese primer escenario y el que es propio, por ejemplo, de una explicación más sosegada ante profesionales de la psicología o ante la autoridad judicial. Quien descarta el valor probatorio del testimonio de la víctima por la falta de coincidencia íntegra entre lo que se dijo en el momento de denunciar el hecho y lo que se contó con posterioridad, está olvidando la influencia que la proximidad del hecho denunciado puede tener en ese primer testimonio, está obviando, en fin, la incidencia del transcurso del tiempo en el impacto emocional que de ordinario acompaña a este tipo de delitos. No implica, por tanto, vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia el atribuir valor probatorio a la declaración de la víctima que se enriquece con detalles no incluidos en el relato inicial. Lo que resulta decisivo es la coincidencia en aquellos aspectos nucleares de la narración, sin la cual, el significado incriminatorio de la declaración de la víctima se desvanece ( STS 467/2020, de 21 de septiembre)

5. Consecuentemente, el motivo debe ser desestimado; pues ninguna irracionalidad es detectada en la fiscalización que de la valoración probatoria realiza la sentencia de apelación; y aun cuando resulte una obviedad recordarlo una vez más, 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); tal como sucede en autos.

**TERCERO.-** El tercer motivo se formula por infracción de ley que previene y autoriza el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley penal. Concretamente se denuncia la infracción del artículo 183-1º del Código Penal (infracción del artículo 183-1º el Código Penal, relativo al delito de abuso sexual sobre menores de dieciséis años)

1. Argumenta que si bien es cierto que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que no es preciso que concurra ánimo libidinoso en el acusado para que se produzca el ilícito penal, eso no quiere decir que la jurisprudencia haya eliminado la exigencia del dolo para este tipo de infracciones penales; y por otra parte, debe afectar el bien jurídico protegido: la indemnidad sexual, de manera que el acto debe tener una connotación indiscutiblemente sexual, pues de otro modo, a lo sumo nos hallaríamos ante una antigua falta de vejaciones. Tras lo cual cita varias sentencias de esta Sala Segunda.

2. El motivo carece de especial recorrido; dicen los hechos probados que el acusado, conserje del centro, caminó detrás de la menor (de doce años) hasta que se puso a su lado y, hallándose en una zona en la que había un cartel o mural, estando ambos en ese momento detrás del mismo, el acusado le echó un brazo por encima del hombro y con una mano le tocó un pecho, presionándose durante unos segundos.

Y los tocamientos en la zona vaginal o pectoral tienen inequívoco carácter sexual, son idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas e integran la conducta de abuso sexual del art.183.1 CP ( STS núm. 490/2015, de 15 de mayo). Dado el contexto en que se produce el tocamiento en el pecho, con el gesto de apretarlo no origina ningún equívoco, sobre su patente contenido sexual, que colma la conducta típica sancionada en el art. 183 CP, en tanto supone involucrar a una menor de 12 años de edad, en un episodio de contenido sexual con una persona mayor.

Como dijimos en la STS 87/2011, de 9 de febrero, el criterio empleado para distinguir entre los actos punibles y los que no lo son han de encontrarse en la razonabilidad con la que una persona adulta considera que esos actos son intromisiones en el área de la intimidad sexual, susceptible de ser rechazadas sin mediar consentimiento. Y así sucede cuando en el hecho se describe una vulneración de la indemnidad sexual de la víctima que no supone otra cosa que la intangibilidad, como una manifestación de la dignidad de la persona y el derecho que tiene al correcto desarrollo de la sexualidad sin una intervención forzada, traumática o solapada en la esfera íntima del menor que pueda suponer un riesgo al libre desarrollo de su personalidad y de su psiquismo. La conducta del acusado consiste en realizar la conducta vulnerando la indemnidad sexual de la menor a la que coloca en una situación de potencial riesgo de su libre desarrollo de la personalidad en lo



tocante a la libertad sexual. Esa conducta es vulneradora del derecho a la dignidad de la menor que supera la mera conturbación anímica de quien se ve compelido a realizar un acto que no quiere, y por su contenido sexual explícito agrede el proceso evolutivo natural de conformación de la libertad sexual ( STS 345/2018, de 11 de julio)

Más extensamente se recogía dicho criterio en la STS 957/2016, de 19 de diciembre, donde se indicaba que los implexos tocamientos cuando no se expresa el ánimo libidinoso, en ocasiones no resulta fácil discernir su carácter sexual; pero que tales dudas se disipan cuando el tocamiento se realiza sobre la zona vaginal o pectoral de la víctima. En definitiva, "el tocamiento sorpresivo y fugaz o momentáneo no excluye el abuso sexual, sino que, por el contrario, ha de ser considerado como delictivo en el tipo penal de abusos sexuales, apreciado caso por caso, y tomando en consideración el contexto del supuesto concreto" ( STS 331/2019, de 27 de junio); y, de otro lado que deben ser reputados como abusos sexuales "los tocamientos de diversa índole siempre que afecten a zonas erógenas o a sus proximidades" ( STS 1709/2002 de 15 de octubre), como los tocamientos en zona vaginal o pectoral ( STS 490/2015, de 15 de mayo) (...) (pues se tratan) de actos de inequívoco contenido sexual" ( STS 601/2020, de 12 de noviembre, con mención de otras).

De igual modo, la STS 99/2021, de 4 de febrero, con cita de varios precedentes:

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

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

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

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

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

El motivo se desestima

**CUARTO.-** El cuarto motivo lo formula por vulneración de precepto constitucional del artículo 24-2º de la Constitución Española, relativo al derecho fundamental a un procedimiento sin dilaciones indebidas, como autoriza el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (falta de apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas).

1. Entiende que resulta procedente la estimación de la atenuante de dilaciones indebidas. Argumenta que desde el cierre de la instrucción a la celebración del acto de juicio transcurre un año y medio; y que en la fase de instrucción, se produjo una paralización de seis meses desde el Auto de fecha 18 de septiembre de 2017, de la Audiencia Provincial de Tarragona desestimatorio de un recurso de apelación interpuesto contra el auto de incoación de procedimiento abreviado, hasta el Auto de fecha 1 de marzo de 2018, auto de apertura de juicio oral.

2. El motivo no puede ser estimado. Cuando se dicta sentencia en primera instancia, prácticamente faltaban cuatro meses para que transcurrieran cuatro años desde que acontecieron los hechos enjuiciados.

La STS 535/2021, de 17 de junio, indicaba: "Como se precisa en el artículo 21.6 CP -cuya regulación es del todo conforme con los estándares elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. [vid. por todas, SSTEDH, caso *Milovanovic c. Serbia*, de 8 de octubre de 2019 ; caso *Raspopovic y otros c. Montenegro*, de 26 de marzo de 2020]-, el tiempo de tramitación debe ponerse en relación con la complejidad de la causa y de ahí, medida la correlación funcional entre las actuaciones practicadas, las necesarias, el tiempo empleado para producirlas y la diligencia en su ejecución, obtenerse una suerte de cociente.

Lo extraordinario e indebido de la dilación que reclama el tipo como condiciones de apreciación obliga a una evaluación integrada de todos los factores señalados. El tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, debe "medirse" en términos funcionales. Ha de evaluarse su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas a la luz del objeto del proceso, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia



regularidad en el impulso y la dirección procesal. De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria e indebida cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporalmente necesaria y diligente de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación, provocando un plus afflictivo a la persona sometida al proceso. Y siempre y cuando, además, ninguno de estos factores pueda ser imputado a la conducta procesal de la parte que sufre el transcurso excesivo del tiempo. Lo que obliga a quien invoca la atenuación a precisar, por un lado, el iter de actuaciones procesales no ajustadas al canon de la razonabilidad temporal de producción. Y, por otro, describir los costes de especial afflictividad que se consideran concurrentes -vid. STS 126/2014, de 21 de febrero

En autos, nada se indica sobre la causación de una especial afflictividad, derivada de la dilación; mientras que aún, cuando hemos establecido concreciones temporales, habitualmente el tiempo de tramitación ha de sobrepasar los cinco años, para estimarse esta atenuante, cuando se trata de procedimientos carentes de complejidad, (vid. ejemplos recogidos en la STS núm. 360/2014, de 21 de abril), pero aún sin concreción de magnitud explícita de referencia, igualmente la denegación, cuando sólo se invoca la duración del proceso en esa dimensión temporal, resulta habitual (694/2020, de 15 de diciembre); de donde resulta que con un período de tramitación de tres años y ocho meses, aunque su tramitación no haya sido precisamente célere, no se cumple el requisito exigido en la norma de que la tramitación sea "extraordinaria".

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de desestimación del recurso, se impondrán al recurrente.

## FALLO

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

Declarar **no haber lugar al recurso de casación** formulado por la representación procesal de **D. Laureano** contra la sentencia núm. 89/20 dictada en el Rollo de Apelación núm. 278/2019 por la Sección de Apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 27 de abril de 2020 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 310/2019, de 25 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Cuarta en el Rollo Abreviado nº 60/2018; ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

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

Así se acuerda y firma.