

RECURSO CASACION núm.: 778/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico
Fernández

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. /

Excmos. Sres.

- D. Andrés Martínez Arrieta
- D. Francisco Monterde Ferrer
- D. Alberto Jorge Barreiro
- D. Pablo Llarena Conde
- D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a .

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el **Ministerio Fiscal**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, que absolvió al acusado de delitos de abusos sexuales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte recurrida el acusado, estando representado por la Procuradora Sra. Cano Lantero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción de Segorbe incoó Procedimiento Abreviado con el nº 26 de 2016 contra, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, que con fecha 19 de enero de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"El acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, entre finales de 2014 y marzo de 2015, impartía clases de música en la academia de la localidad de, teniendo como alumnas a las menores, nacida el 6 de noviembre de 2004,, nacida el 28 de enero de 2004,, nacida el 22 de noviembre de 2004 y, nacida el 15 de octubre de 2004. En el curso de dichas clases, que se producían dos veces por semana, en distintas ocasiones, como las menores estuvieran descontentas con el acusado, pues les parecía que les mostraba poca atención, ya que o bien se dedicaba a manejar el teléfono o estaba distraído por cualquier otro motivo, y como manera de llamar su atención y quejarse por el disgusto que ello les producía, procedían unas veces a apagar la luz de la clase, en otras ocasiones a quitarle y esconderle sus cosas personales (llaves, libros, estuche, etc), y en otras las dos cosas a la vez, de manera que aquel, cuando ello pasaba y tratando de recuperarlas de donde las menores las habían escondido, que en ocasiones era entre la silla donde estaban sentadas y su espalda, procedía disgustado a perseguirlas, y en ese trance de conseguir recuperar las cosas, las tocaba, a veces apretando, siempre por encima de la ropa, bien en el pecho, el culo y o en la zona del sexo, cesando en su actitud cuando conseguía recuperarlas. Solo en una ocasión, mientras buscaba lo que le habían quitado, a y a les metió fugazmente la mano por debajo de la camiseta, aunque por encima de su ropa interior. Las citadas menores, por consecuencia de tales hechos, no han sufrido trastorno alguno que afecte a su desarrollo psicológico o de tipo sexual".

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

"Que debemos absolver y absolvemos al acusado de los delitos por los que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas procesales causadas. El acusado absuelto deberá indemnizar a las menores y en la cantidad, para cada una de ellas, de mil quinientos euros, más los intereses señalados en el art. 576 de la LEC. Así por esta nuestra sentencia, que no es firme y contra la que cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del TS, que se preparará ante el tribunal que la dicta dentro del término de cinco días siguientes a la última notificación de la sentencia, mediante escrito firmado por Abogado y Procurador, conforme a lo dispuesto en los artículos 855,856 y 857 de la L.E.Criminal, la pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el **Ministerio Fiscal**, 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.

CUARTO.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. por falta de aplicación del art. 183.1 y 4 d) y 74. C. Penal.

QUINTO.- Instruida la representación de la parte recurrida, impugnó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 27 de noviembre de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 19 de Enero de 2018 por la que se absuelve a de cuatro delitos continuados de abuso sexual a menores de 13 años del artículo 183.1 y 4.d del Código Penal por los que se acusaba por la Fiscalía, quien interpone recurso de casación.

Son hechos probados de la sentencia que

“El acusado ..., mayor de edad y sin antecedentes penales, entre finales de 2014 y marzo de 2015, impartía clases de música en la academia de la localidad de ..., teniendo como alumnas a las menores ..., nacida el 6 de noviembre de 2004, ..., nacida el 28 de enero de 20014, ..., nacida el 22 de noviembre de 2004 y ..., nacida el 15 de octubre de 2004.

En el curso de dichas clases, que se producían dos veces por semana, en distintas ocasiones, como las menores estuvieran descontentas con el acusado, pues les parecía que les mostraba poca atención, ya que o bien se dedicaba a

manejar el teléfono o estaba distraído por cualquier otro motivo, y como manera de llamar su atención y quejarse por el disgusto que ello les producía, procedían unas veces a apagar la luz de la clase, en otras ocasiones a quitarle y esconderle sus cosas personales (llaves, libros, estuche, etc.), y en otras las dos cosas a la vez, de manera que aquel, cuando ello pasaba y tratando de recuperarlas de donde las menores las habían escondido, que en ocasiones era entre la silla donde estaban sentadas y su espalda, procedía disgustado a perseguirlas, y en ese trance de conseguir recuperar las cosas, las tocaba, a veces apretando, siempre por encima de la ropa, bien en el pecho, el culo y o en la zona del sexo, cesando en su actitud cuando conseguía recuperarlas. Solo en una ocasión, mientras buscaba lo que le habían quitado, a y a les metió fugazmente la mano por debajo de la camiseta, aunque por encima de su ropa interior.

Las citadas menores, por consecuencia de tales hechos, no han sufrido trastorno alguno que afecte a su desarrollo psicológico o de tipo sexual”.

SEGUNDO.- Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. por falta de aplicación del art. 183.1 y 4 d) y 74. C. Penal.

Sostiene la fiscalía que concurren en la conducta del profesor que resultó acusado y absuelto cuatro delitos de abusos sexuales y su conducta está tipificada en el art. 183.1 y 4 d) y 74 CP.

Los argumentos de la fiscalía para entender que se ha cometido el delito que es objeto de acusación se centran en los siguientes parámetros:

1.- El **bien jurídico protegido** se fija por la Jurisprudencia en la denominada **indemnidad sexual**, y ese concepto se configura, siguiendo la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 5/2010, como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente expresado, así como en la evitación del riesgo que el acto típico puede tener para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de la menor concernida.

2.- Duración de los tocamientos: Los tocamientos no han sido aislados ni fugaces, sino que se han prolongado durante al menos cuatro meses, y se llevaron a cabo en el aula de la escuela de música a la que las menores acudían al menos dos veces por semana, y aunque no se precisa en cuantas ocasiones se produjeron los tocamientos, lo que podría hacer pensar que ocurría todos los días de clase, al menos permite deducir que eran frecuentes, como si de una práctica establecida se tratara.

3.- Actos de contenido sexual de un profesor sobre alumnos menores: Los actos, de inequívoco contenido sexual, los realizó un profesor de 46 años con sus alumnas, cuatro niñas de 10 años de edad y los llevó a cabo en el aula donde impartía las clases y durante el horario lectivo; lugar y tiempo en que las tenía bajo se custodia, donde debían recibir una formación adecuada a su edad y grado de desarrollo.

4.- Reiterados tocamientos en partes sexuales de las menores.

Los hechos probados narran actos que tienen inequívoco carácter sexual pues han consistido en reiterados tocamientos del profesor a las niñas, a veces apretando, en la zona del sexo en el pecho o en el culo por encima de la ropa, pero también en una ocasión a y a, les metió fugazmente la mano por debajo de la camiseta, aunque por encima de su ropa interior y solo cesaron cuando una de las niñas se lo contó a una amiga y luego a sus padres. También deben rechazarse algunas de las razones que el Tribunal desliza en la sentencia, al parecer, tratando de atenuar la trascendencia de los actos.

5.- Posibilidad de condena con el relato de hechos probados: Los hechos probados permitan la revisión de un fallo absolutorio en la instancia y considerar indebidamente inaplicable el art. 183. 1 y 4.d) del CP, sin necesidad de aditamentos ni nuevos juicios sobre la concurrencia de elementos subjetivos que lo harían inviable en perjuicio del reo. Se trata de una mera cuestión jurídica aplicativa del precepto penal, que en este trámite no exige valoración alguna de prueba.

6.- Credibilidad de la declaración de las víctimas.

7.- **No se exige el ánimo libidinoso en el autor.** El delito se perpetra aun cuando el autor no busque satisfacer demandas de su libido y la tipicidad se alcanza cuando se instala a la menor en una vivencia que le proporciona a ésta sensaciones para cuyo gobierno el desarrollo de su personalidad aún no le facilita las habilidades y formación adecuadas.

8.- **El principio de proporcionalidad** no permite, o mejor, no debe permitir, como en este caso ha hecho la Sala sentenciadora, rebajar la gravedad de los hechos hasta considerar que no son típicos o a lo sumo que lo son de una despenalizada falta de vejaciones injustas.

9.- **El prevalimiento a que se refiere su apartado 4d) del artículo 183 CP** parte del aprovechamiento por parte del autor del delito en su ejecución de una relación de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima.

TERCERO.- Sobre el contenido de la sentencia dictada, los hechos probados, la fundamentación jurídica y las alegaciones de la fiscalía deben realizarse las siguientes precisiones que operan como factores y/o elementos que deben configurar y fijar la respuesta que al respecto debe darse.

1.- Tipo vigente a la fecha de los hechos:

Los hechos se suceden entre finales de 2014 y marzo de 2015.

Señala el Tribunal que *A la fecha de los hechos estaba vigente el art. 183 del CP en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 5/2010, tipificando el abuso específico sobre menor de 13 años en los siguientes términos: "El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años." Tal redacción supuso, respeto de la hasta entonces vigente, un considerable aumento de la pena, además de eliminar la referencia a la libertad sexual como bien jurídico cuando se trata de*

una víctima de esa edad. Porque, como se dice en la STS 476/2006 de 2 de mayo, en los supuestos de menor de 13 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido (art. 181.2 en su redacción anterior a la reforma por ley de 2010), por lo que resulta irrelevante el consentimiento de aquél en mantener relaciones, toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera la menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la licitud de éste.

2.- El bien jurídico protegido. La indemnidad sexual.

A la hora de valorar el Tribunal cuál es el bien jurídico protegido en el delito del art. 183 CP cuando el sujeto pasivo son menores de edad señala que:

“El bien jurídico protegido se fija por la Jurisprudencia en la denominada indemnidad sexual. Se recuerda así en la STS 547/2016 de 22 de junio, que el móvil del autor, singularmente el denominado ánimo libidinoso, resulta excluido como elemento del tipo. Y ese concepto se configura, siguiendo la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 5/2010, como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual, sin un consentimiento válidamente expresado, como la evitación del riesgo que el acto típico puede tener para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de la menor concernida. Dice la sentencia citada que el móvil no forma parte del tipo penal, solo forma parte del tipo penal que la acción objetivamente analizada evidencie con claridad, y más allá de toda duda razonable, un ataque a la libertad e indemnidad sexual de la menor.

¿Qué debe entenderse por indemnidad sexual?

La Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010 que introdujo el Capítulo II bis --relativo a los abusos sexuales a que hace a menores de trece años--, dentro del Título VIII apunta la idea de que por indemnidad sexual debe entenderse no solo el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual, sin un consentimiento válidamente expresado, sino también el riesgo que ello puede

tener para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de la menor concernida. De ahí que los abusos o agresiones contra menores de trece años generen un injusto de especial intensidad. En la STS núm. 957/2016 se recuerda como el concepto de indemnidad sexual hace que el tipo venga referido a acciones sexuales, con muy diversa pluralidad de manifestaciones, donde la naturaleza sexual puede resultar inequívoca en supuestos como los de acceso carnal, que integran un supuesto agravado, pero que resulta más difícil de discernir, en supuestos de simples tocamientos. Pues si bien es cierto que nuestro Código Penal, no exige que estos actos sexuales tengan cierta relevancia desde el punto de vista de bien jurídico protegido, como sucede en derecho comparado, la pena conminada de dos a seis años de prisión, resulta indicativa de estar contemplando conductas de especial entidad.

Sobre el ataque a la indemnidad sexual de los menores esta Sala se ha pronunciado en reiteradas sentencias destacando que:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 988/2016 de 11 Ene. 2017, Rec. 10342/2016.

La indemnidad sexual equivale a la intangibilidad, constituyendo una manifestación de la dignidad de la persona y tutelando el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 652/2015 de 3 Nov. 2015, Rec. 418/2015.

El comportamiento realizado por el recurrente realizando tocamientos en las partes íntimas de dos niñas de diez años, en forma sugerente y con referencias al "mote de venus" y al "botón" de las cosquillas, metiéndoles la mano por debajo de la falda, para tocar su zona vaginal por encima de sus prendas íntimas, integra de forma clara un atentado contra su indemnidad sexual, que debe subsumirse en el párrafo primero del art 183 vigente cuando ocurrieron los hechos.

La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha incluido una modificación en el art 183 1º CP al suprimir la referencia a la tutela de la indemnidad sexual del menor. La desaparición de la indemnidad sexual en la descripción de los actos prohibidos en el art 183 1º CP responde exclusivamente a un prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma, sesgo doctrinal que lamentablemente se aprecia en muchos otros preceptos de la reforma. Pero esta modificación no afecta al ámbito de comportamientos prohibidos que siguen siendo los mismos, pues cualquier abuso sexual como el enjuiciado en esta causa puede ser calificado como "acto que atente a la indemnidad sexual de un menor" (redacción anterior), o como "acto de carácter sexual" (redacción actual), aunque es cierto que el cambio si afecta a la configuración del bien jurídico protegido tal y como se había definido por esta Sala, reduce innecesariamente la calidad técnica del precepto y retoma un tono moralizante, que se había superado en la redacción anteriormente vigente.

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 415/2017 de 8 Jun. 2017, Rec. 1914/2016.

"La doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción.

En tal sentido se pronuncia la STS 853/2014 de 10 de Diciembre". En el mismo sentido, en la STS nº 147/2017, de 8 de marzo, se afirma que "El bien jurídico protegido se fija por la Jurisprudencia en la denominada indemnidad sexual. Se recuerda así en la STS 54/2016, que el móvil del autor, singularmente el denominado ánimo libidinoso, resulta excluido como elemento del tipo".

Basta por lo tanto, con el dolo genérico, para cuya existencia, en lo que aquí interesa, es suficiente con constatar que el autor conoce el significado sexual de su comportamiento".

4.-Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 439/2018 de 3 Oct. 2018, Rec. 2504/2017.

Hay que situar dos parámetros concretos de referencia, que son:

- 1. El de la víctima, a través del superior interés del menor y*
- 2. El del acusado, mediante la presunción de inocencia*

No se trata en estos casos de que para tratar al primero se tenga que echar por tierra el segundo, sino que confluyen en igualdad de importancia tanto los derechos de las víctimas menores, como el del acusado al de presunción de inocencia.

Y en el primero hay que tener en cuenta las especiales características de la víctima menor que es más vulnerable que otras víctimas del delito. Y más en delitos contra la indemnidad sexual, ante hechos que ellos desconocen, que no saben su significado por su corta edad, y que cuando, como aquí ocurre, el delito lo comete una persona de su entorno todavía les cuesta mucho más denunciarlo por esos miedos o temores a que, encima, les puedan regañar, no creerles, y por ello guardan silencio que luego, como aquí ocurre, puede venírseles en contra por un mal entendido derecho a la presunción de inocencia, porque el interés del menor debe entenderse desde la posición del menor como testigo, pero un testigo que es víctima, y que lo es de un hecho tan grave para ellos como el ataque a la indemnidad sexual.

Por ello, en los casos de abusos sexuales a menores debe tenerse y tomarse en consideración el interés superior del menor del art. 3 de la Convención de Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, según redacción dada por Ley Orgánica 8/2015.

Así las cosas, la doctrina científica más autorizada en este tema de tratamiento de abusos sexuales a menores destaca que:

a) *El superior interés del menor primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo valorarse en relación con él aquellos intereses y los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados (art. 2.1 y 4).*

b) *Se ofrecen por el legislador los criterios generales de interpretación y los específicos para el caso concreto, teniendo en cuenta los elementos generales que determina (art. 2.2 y 3).*

En el tratamiento de los delitos de abusos sexuales a menores existen dos derechos, como hemos expuesto: el de la víctima, a través del superior interés del menor y el del acusado, mediante la presunción de inocencia. Así, como apunta la mejor doctrina estos casos se deben analizar reconociendo el valor del testimonio de los menores, desde su aproximación criminológica integrante de las máximas de la experiencia, sin que el derecho a la presunción de inocencia se erija como elemento neutralizador, sino como un derecho no contrapuesto al interés superior del menor”.

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 490/2015 de 25 May. 2015, Rec. 1269/2014.

El delito de atentado a la indemnidad sexual de un menor del Art. 183 1º CP, que es el aplicado, está sancionado, aun en supuestos de ausencia de violencia, intimidación o acceso carnal, con una pena de especial gravedad, de dos a seis años de prisión, que debe ser impuesta en su mitad superior cuando se cometa por un ascendiente. En consecuencia, calificar con carácter general un beso fugaz en los labios, en este caso de un abuelo a su nieta, como atentado a la indemnidad sexual, determina una sanción mínima de cuatro años de prisión, manifiestamente desproporcionada para dicha conducta, por lo que ha de inferirse que el tipo sanciona comportamientos de mayor entidad.

Esta Sala incluye en las conductas sancionadas por el tipo del Art. 183 1º, los actos de inequívoco carácter sexual, incluidos tocamientos en la zona vaginal o pectoral, idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, es decir su derecho a no verse involucradas en un contexto sexual, y a quedar a

salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad. Pero los besos, incluso en los labios, no revisten objetiva e inequívocamente este carácter sexual, pues son frecuentes en determinados ámbitos familiares, incluso sociales, sin que necesariamente impliquen un comportamiento lascivo, merecedor de condena penal.

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 355/2015 de 28 May. 2015, Rec. 10014/2015.

El delito de abuso sexual de menores del art 183 CP, por el que ha sido condenado el recurrente, constituye en la redacción vigente del Código Penal un delito contra la indemnidad sexual de los menores.

El art. 183-1º CP define los actos típicos como aquellos que atenten contra la indemnidad sexual de los menores de trece años, y la rúbrica del Título VIII es muy significativa: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en la que los delitos contra la indemnidad son precisamente los que se ejecutan sobre menores, como el aquí enjuiciado.

La Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010 que introdujo el Capítulo II bis, relativo a los abusos sobre menores de trece años, dentro del Título VIII, permite deducir que por indemnidad sexual debe entenderse el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual, sin un consentimiento válidamente expresado, con el riesgo que esta involucración puede conllevar para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de los menores concernidos.

De ahí debe deducirse que los abusos o agresiones contra menores de trece años generan en la reforma de 2010 un injusto de especial intensidad, sancionado más gravemente, precisamente porque no solo afectan a su libertad sino también a su desarrollo sexual".

3.- La declaración de las menores.

Es preciso llevar a cabo un desglose de la referencia que el Tribunal lleva a cabo de las declaraciones de las menores. Y para ello destacamos el relato que en cada caso lleva a cabo el Tribunal y cita en su sentencia

a.-

Con respecto a su declaración hace notar el Tribunal que:

“Llevó a cabo en fase de instrucción (folios 35-37) una detallada exposición de lo sucedido, de la que destacamos los siguientes pasajes por su importancia para entender lo sucedido.

Dijo que cuando les toca las aprieta porque ellas de broma le apagan la luz, le cogen las llaves, se las esconden y le dicen que no se va a ir a casa, que también le cogen las cosas.

Que todo esto lo hace para que les haga caso en el supuesto de que esté hablando con el teléfono o distraído por otro motivo.

Que les coge del pecho, de la parte íntima de delante y en el culito cuando ellas le hacen las cosas que ha relatado.

Que lo hace por encima de la ropa y en una ocasión lo hizo por debajo.

Que solo ha metido la mano por debajo de la camiseta en una ocasión y que se lo hizo a ella y a su amiga que cuando le metió la mano por debajo de la camiseta ella tenía el estuche entre la silla y su espalda, que lo tenía por fuera no estaba dentro de la camiseta... que el profesor cuando recupera las llaves o lo que le han cogido deja de tocarlas...que le quitan las cosas casi todos los días unas veces ella y otras sus amigas, que se lo quitan y van pasando entre ellas para que él no las recupere ... que ella no pensó nunca que eso estaba mal...que se contó a su madre y todas se pusieron de acuerdo para denunciar...que en principio no le dio importancia porque pensaba que era una broma... que el profesor cuando no le cogían las cosas no las tocaba, que lo hacía cuando cogían sus cosas... que cuando le metió la mano llevaba un

sujetador tipo top y no llevaba camiseta interior, que él solo la rozó y enseguida retiró la mano para ver donde tenía el estuche.

Esta menor, en el acto del juicio, donde pareció no acordarse bien sobre algunas cosas que le preguntaban, en lo que recordó vino a corroborar sustancialmente cuando había expuesto afirmando que le quitaban y le escondían las cosas y las tocaba por encima de la ropa, que se lo hacía para que las devolvieran, que le escondieron el estuche entre la espalda y la silla donde estaban sentadas, que no le daban importancia, que se lo contaron a su amiga y fue quien les dijo que no estaba bien”.

b.-

Con respecto a su declaración hace notar el Tribunal que:

“En cuanto a lo manifestado por ante el Juez Instructor (folios 38 y 39) destacamos que se pone a jugar con el móvil y ellas le quitan cosas y él las sigue y las toca, que en algunas ocasiones cuando ya le han devuelto las cosas él las sigue y las toca... que no le toca por dentro de la ropa, que no le pone la mano por debajo de la camiseta que lo hace por encima...que les toca y aprieta un poco, que primero les pone la mano en el culo, pecho y chocho y luego les aprieta esas partes, que no eran conscientes de la importancia de los que les hacía...que le escondían las cosas porque ellas querían aprender y no las prestaba atención sin que estaba ocupado con su móvil...que de normal las tocaba cuando le cogían cosas aunque a veces seguía una vez que las recuperaba... que ella le dijo a sus padres que no les prestaba atención, que jugaba con el móvil y se cortaba las uñas en clase.

Esta menor, que en el acto del juicio también se mostró algo insegura al tratar de recordar lo sucedido, vino a ratificarse en sus afirmaciones exponiendo que las tocaba y pensaban que no estaba mal, que ellas le quitaban las cosas y las tocaba para recuperarlas, a unas más y a otras menos, que la luz la apagaban ellas y que el profesor se enfadaba, que les dijo que lo que pasaba en clase se quedaba en clase y que fue quien las advirtió de que eso estaba mal”.

C.-

Con respecto a su declaración hace notar el Tribunal que:

“.... por su parte declaró ante el Juez Instructor (folios 40 y 41) que en clase les tocaba el culo, el pecho y la parte de delante... que ellas le escondían sus cosas y él les tocaba hasta que le devuelve las cosas, que él les toca y les aprieta un poco, que como todas se portan regular, toca a las cuatro que asisten a clase, que cuando dice que se portan regular es porque son las cuatro las que le esconden las cosas, que se las esconden todos los días, que una vez le metió la mano por debajo de la ropa pero nunca lo ha vuelto a hacer, que le metió la mano por delante, por debajo de la camiseta que por debajo del top no le metió la mano...que el día que le metió la mano por debajo de la camiseta fue el mismo día que se la metió a, que cree que las tocó a propósito porque la declarante tenía el libro que le había cogido en la espalda y su amiga tenía el estuche que le había quitado también en la espalda, en ambos casos tenían los objetos por encima de sus camisetas.

En el acto del juicio esta menor insistió en que no se portaban bien y le escondían las cosas y el profesor las tocaba el culo, pechos y sexo, que siempre era por encima de la ropa salvo una vez que le metió la mano por la parte de atrás de la camiseta, que era como un juego hasta que las encontraba, que la luz la apagaban siempre ellas y el juego terminaba cuando recuperaba las cosas. Que le parecía normal y fue quien les dijo que tenían que decirse a sus padres."

d.-

Con respecto a su declaración hace notar el Tribunal que:

“Por último dijo al Juez Instructor (folios 65-67) que ellas le apagaban la luz para divertirse y él venía y las empezaba a tocar, aunque luego él encendía la luz. Cuando apagaban la luz estaban como bailando allí, el profesor las buscaba y las empezaba tocar para darlas una lección, que estarían un minuto

con la luz apagada, que no les hacía cosquillas, sino que las apretaba por delante y por detrás... que han jugado a coger el estuche o las llaves del profesor, que en estas ocasiones también las ha tocado el profesor pero menos, que tocaba por delante y por detrás, que a ella no le tocó el pecho...que no se lo dijeron a sus padres porque el profesor les había dicho que no dijeran, que no les dijeran lo que hacían en clase en general, que él tampoco se lo decía a su mujer... que las luces las pagaba cualquiera de las niñas, que no todos los días le quitaban las cosas al profesor, que hay veces que le quitaban cosas y apagaban la luz y veces en que no hacían las dos cosas a la vez, que el profesor iba por la niña que le había quitado las cosas pero a veces se equivocaba porque la luz estaba apagada... que siempre apagaban ellas la luz, nunca el profesor...que cuando sabía quién había apagado la luz o quitado las cosas iba por esa persona, que cuando la ha tocado a ella unas veces llevaba escondidas las cosas y otras no, que en total la habrá tocado cinco veces... que las tocó por delante y por detrás... que cuando las tocaba siempre era porque ellas le habían quitado algo o habían apagado la luz, que cuando quitaban las cosas a veces de las pasaban entre ellas para que el profesor no las cogiera, que cuando la tocaba era siempre por encima de la ropa, al menos que lo viera ella.

En el acto del juicio ..., que tampoco se acordaba de algunas cosas, vino a ratificar sustancialmente en el juicio cuanto había dicho en instrucción, y así expuso que no se portaban bien, le apagaban la luz y le escondían las cosas y el profesor las cogía por el culo y las empujaba hasta su pupitre, que no le daba importancia y que el profesor les dijo que lo que pasaba en clase se quedaba en clase y que fue quien les dijo que lo que pasaba no estaba bien.

Las cuatro menores nos parecieron sinceras a la hora de exponer lo sucedido, y a salvo de algún problema de memoria en relación con alguna cuestión puntual, lógico por el tiempo transcurrido, y de alguna pequeña discrepancia a la hora de relatar los hechos, vinieron en coincidir no solo con sus anteriores declaraciones, como se ha dicho, sino también entre ellas”.

4.- Prueba testifical y pericial.

En cuanto a la declaración de y las madres, señala que:

“Se cuenta con el testimonio de las madres de las menores, que han relatado como supieron de los hechos por sus hijas, y también con el testimonio de la amiga de ésta llamada, quien ante el Juez Instructor, con asistencia letrada del acusado, y apenas unos días de denunciados los hechos, **dijo haber conocido por sus amigas que el profesor las tocaba el culito, el chochito y las tetitas, que las tocaba y las apretaba**... que primero se lo dijo y luego las otras...que les dijo que tenían que decírselo a sus padres, lo que vino en corroborar en el acto del juicio añadiendo que creyó a sus amigas cuando se lo contaron.

En cuanto a las madres, que prestaron declaración en el acto del juicio,, madre de, afirmó que **su hija le describió tanto a ella primero como luego a su marido, en qué consistían los tocamientos**., madre de, afirmó haberlo sabido por la madre de y luego **su hija le dijo que el profesor de música las tocaba**, aunque no las travesuras que le hacían, y que había creído a su hija. En igual sentido declaró, madre de, quien sí que expuso que su hija también le había contado las travesuras que le hacían al profesor. Por último,, madre de, dijo haberlo sabido por la madre de, y luego su hija le había dicho que jugaban, que apagaban la luz y le escondían las cosas y que el profesor cuando iba a quitárselas las hacía algún tocamiento, que su hija no le había dado importancia.

Todas nos parecieron sinceras en sus testimonios, sin motivos para dudar de lo contrario pues no se han puesto de manifiesto motivos de sospecha que lo justifique”.

En cuanto a la pericial señala el Tribunal que:

“Se cuenta, además, con el resultado de la prueba pericial forense que por doctora adscrita al Instituto de Medicina Legal de Castellón, se le hizo a las menores con la finalidad de determinar la coherencia y credibilidad de las manifestaciones de las mismas (folios 197-2012), ratificada en el acto del juicio por su emisora, que viene a concluir que, por el conjunto de criterios utilizados en para llevar a cabo su cometido y que en dichos dictámenes se señalan,

*resulta fiable su testimonio. Tal valoración no significa que vaya a dejarse única y exclusivamente en sus manos la credibilidad del testimonio de las menores, antes bien nos parece importante en el sentido de **descartar en aquéllas cualesquiera datos o circunstancias de su personalidad que pusieran en entredicho la fiabilidad de sus declaraciones**. Los datos obtenidos del informe son siempre de carácter complementario y claramente secundario en relación con la declaración de la víctima”.*

No obstante, estas declaraciones, el Tribunal argumenta que absuelve porque:

Así lo consideramos atendiendo a que nunca fue el acusado quien provocaba las situaciones en que se produjeron los tocamientos, al contrario, como han confesado las menores, eran ellas quienes siempre apagaban la luz y quienes le cogían y escondían sus cosas, viniendo aquel obligado a recuperarlas, pues ellas de motu proprio no se las daban. Esos tocamientos, que se producían de forma fugaz y salvo en una ocasión siempre fueron por encima de la ropa, se llevaban a cabo exclusivamente en dichas ocasiones y en ese contexto de recuperación de las cosas, bien cuando trataba de encontrarlas, a veces las escondían entre su espalda y la silla donde estaban sentadas, bien a continuación y a modo de reproche por su rebelde actitud, cesando cuando las recuperaba. Las menores, cuando eso sucedía, no se sentían incómodas, pues siguieron haciendo las travesuras, antes bien lo consideraban como un juego, y solo cuando se lo comentaron a una amiga que las alertó sobre lo inconveniente de lo que sucedía, lo pusieron en conocimiento de sus madres. No consta tampoco que tales episodios hayan interferido, perjudicándolo de algún modo, en el desarrollo psico-sexual de las mismas, que siguen siendo tan buenas estudiantes como antes, tal y como dijeron en el juicio las madres de Lucia y de Ruth.

Con ello, el Tribunal ha escuchado a los testigos, pero no llega a una convicción de declaración de condena del acusado en el marco en el que se desarrollan los hechos, describiendo unos hechos probados donde no se incide en una conducta inserta en el art. 183 CP, sino en un escenario en el que el Tribunal degrada la, reclamada por la Fiscalía, gravedad de los hechos, para ubicarlo en una búsqueda de objetos retirados previamente al profesor por las alumnas, aun con unos actos sobre los que el Tribunal no otorga relevancia

penal, al describirlos de una forma que no pueden llevar al proceso de subsunción en el tipo penal reclamado en el recurso sin una especificidad que requiere el mismo.

Pero esta cuestión no puede ser revisada en esta Sala al quedar sujeta al relato de hechos probados y al proceso de valoración de la prueba llevado a efecto por la Audiencia Provincial. Debe destacarse, - y este punto es de gran relevancia para la Sala- que el Tribunal ha reflejado en su fundamentación jurídica la admisión de las declaraciones de las menores, pero, sin embargo, ello no lo ha reflejado en el hecho probado, el cual no contempla una actuación que pueda permitir el proceso de subsunción en el art. 183 CP. Y lo que refleja el Tribunal es un proceso de convicción de una actuación a la que no le otorga trascendencia en su valoración final de la prueba practicada. Y, con ello, en el marco del proceso de valoración este Tribunal no puede incidir, por no disponer del principio de inmediación y ser imposible incidir en una nueva valoración probatoria sin haber practicado la prueba, tal y como se impide por la doctrina reiterada del propio Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que impiden este nuevo proceso valorativo, alterando el resultado de hechos probados, como a continuación se explicita.

5.- La imposibilidad de la revocación de las sentencias absolutorias por la propia intangibilidad de los hechos probados.

a.- El respeto al hecho probado y la imposibilidad de su alteración en el marco de una pretendida revaloración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal a quo.

Esta Sala ha reiterado en varias resoluciones (entre ellas, la antes citada Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia 396/2018, de 26 de Julio), que “De conformidad con una jurisprudencia reiterada de esta Sala - de conformidad con la jurisprudencia del TEDH y del TC- **la posibilidad de reemplazar una sentencia absolutoria por otra de condena queda limitada exclusivamente a los supuestos en los que el hecho probado declarado en la instancia permanezca incólume y el debate se ciña exclusivamente al juicio de subsunción.** La posibilidad de convertir una sentencia absolutoria en condenatoria en esta instancia casacional solo sería pues posible después de

realizar un control de legalidad respecto al juicio de subsunción, **sin modificar los hechos probados y sin apreciar elementos subjetivos del delito.**

Recuerdan las SSTS 892/2016, 25 de noviembre, 421/2016, 18 de mayo, 22/2016, 27 de enero, 146/2014, 14 de febrero, 122/2014, 24 de febrero, 1014/2013, 12 de diciembre, 517/2013, 17 de junio, 400/2013, 16 de mayo, etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril, entre otras), que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

En esta línea y específicamente sobre la posibilidad de revisar en casación el tipo subjetivo del delito, declaraba la STC 37/2018, de 23 de abril, lo siguiente: «(...) también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no

precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado» (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4)».

Tal ampliación, continúa el Tribunal Constitucional, «era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España, § 31. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46)».

b.- Su reflejo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como ya expuso esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 582/2017 de 19 Jul. 2017, Rec. 283/2017 debemos recordar que la doctrina sobre la revisión de las sentencias absolutorias en la instancia del Tribunal Constitucional, ha ido consolidándose, desde la primera sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, la STC 167/2002, así como la de esta Sala y siguiendo ambas en este aspecto al TEDH. Actualmente se mantiene que **se han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias con la finalidad de consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia.** Esta jurisprudencia exige desde el derecho a un proceso con todas las garantías, que, **cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos , y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, es precisa la práctica de estas pruebas ante el Tribunal que resuelve el recurso ; en consecuencia desde la perspectiva del derecho de defensa, es preciso dar al acusado absuelto en**

la instancia la posibilidad de ser oído directamente por Tribunal que conoce del recurso, en tanto que es el primero que en vía penal puede dictar una sentencia condenatoria contra aquél.

Sobre esta cuestión hay que reconocer la dificultad de separar lo "jurídico" de lo "fáctico", lo que es relevante en la medida que si la cuestión es jurídica, el Tribunal de apelación sin modificar el factum podría revisar la absolución y condenar, lo que no sería posible de tratarse de una cuestión fáctica en la que sería imprescindible la audiencia del absuelto. Relacionado con ello hay que reconocer que los elementos subjetivos del tipo como el dolo tienen fuertes componentes fácticos por lo que sería imprescindible la audiencia del absuelto .

Así se ha pronunciado el TEDH en tres recientes sentencias que contemplan supuestos en los que han sido condenados en casación personas que habían resultado absueltos por la Audiencia debido a que no se consideraba en la instancia que concurría prueba de cargo para fundamentar la condena. En los tres casos el TEDH estimó el recurso de los condenados en casación y consideró que las condenas dictadas ex novo por el Tribunal Supremo no cumplimentaron las garantías que impone el art. 6.1 del CEDH para estimar que se ha celebrado un juicio justo, garantías que afectaban a los principios de inmediación y de contradicción y al derecho de defensa.

b.1.- Primera STED de 22 de Noviembre de 2011.

En efecto, la primera sentencia es la STEDH de 22 de Noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España , examinó el supuesto de un notario que fue condenado ex novo en casación como cómplice por un delito de estafa, en la sentencia de esta Sala 1036/2003, de 2 de Septiembre, después de haber sido absuelto por la Audiencia Nacional. La sentencia condenatoria dictada en casación fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que desestimó el amparo en la sentencia 328/2006, de 20 de Noviembre.

Según el Tribunal de instancia (la Audiencia Nacional), el notario imputado no podía ser declarado partícipe en el delito de estafa cometido por

los administradores de la sociedad que emitió las obligaciones, al no haberse probado que, al autorizar las escrituras, hubiese previsto y contemplado como probable un futuro perjuicio para los suscriptores de los títulos derivado de la actuación de los administradores encausados. Por el contrario, esta Sala del Tribunal Supremo consideró que, al no acreditarse ante el notario la inscripción registral de las fincas sobre las que se otorgaba escritura de hipoteca como garantía de la emisión de las obligaciones, tuvo que percibir el acusado que con su intervención contribuía a un engaño generalizado, de lo que se deduce el conocimiento de la antijuridicidad de su acción, conclusión que resultó reforzada por los datos relativos a las infracciones de la normativa notarial y por la sobrevaloración en las escrituras de las fincas hipotecadas. Se entendió, además, que se estaba ante un "juicio de valor" revisable por la vía del art. 849.1º de la LECriminal y subsumible en la fundamentación jurídica de la sentencia y no en la premisa fáctica.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 328/2006, avaló el criterio de esta Sala argumentando que la actuación del órgano de casación no ha supuesto una revisión de los hechos probados, sino que se ha limitado a rectificar la inferencia realizada por el Tribunal de instancia, a partir de unos hechos base objetivados documentalmente -el contenido de las escrituras y la intervención notarial en ellas-, que ambos órganos judiciales dan por acreditados. Se trata, afirmó, de una cuestión de estricta valoración jurídica, que fue sometida a contradicción en el recurso de casación y que podía resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que para garantizar un juicio justo fuera necesario, como se propone en la demanda, la reproducción del debate público y la intermediación.

El TEDH discrepó, en cambio, de los criterios probatorios seguidos por esta Sala y por el Tribunal Constitucional y estimó la demanda de la parte recurrente. Argumentó al respecto que "el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de este último: en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas". Ahora bien, sigue diciendo, "el Tribunal Supremo concluyó sobre la existencia de esta voluntad,

elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del Tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos" .

Subraya el TEDH en la referida sentencia de 22 de Noviembre de 2011 que "el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado". Y matiza a continuación que "cuando la inferencia de un Tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan".

Y aunque reseña que " el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos acreditados por la instancia inferior (los documentos del expediente)", objeta que " para llegar a esta inferencia, el Tribunal Supremo no ha oído al acusado , que no ha tenido la oportunidad (inexistente en el recurso de casación) de hacer valer ante el Tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación y tener una voluntad fraudulenta".

Por último, el TEDH acaba estimando la demanda porque, en definitiva, "el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad".

b.2.- Segunda sentencia del TEDH de 20 de Marzo de 2012.

La segunda sentencia del TEDH, también contra España es la sentencia de 20 de Marzo de 2012, caso Serrano Contreras vs España , se sometió al juicio del TEDH una condena dictada ex novo en casación por esta Sala del Tribunal Supremo en relación con los delitos de estafa y falsedad en documento mercantil y oficial. El acusado había sido absuelto de esos delitos por la Audiencia Provincial, pero fue condenado en casación por la sentencia de esta Sala 1435/2005, de 14 de Octubre, sin que después el Tribunal Constitucional

admitiera a trámite el recurso de amparo. Los hechos consistieron en un fraude cometido con relación al comercio de semillas de trigo duro que fueron vendidas a unos cooperativistas como semillas certificadas sin tener esa condición, valiéndose de etiquetas falsas italianas.

En la sentencia de casación --nº 1435/2005 -- se incidió en que la circunstancia de que los agricultores no hubieran efectuado reclamación alguna por la distinta calidad de la semilla utilizada, no altera el hecho de que ellos creían sembrar con semilla certificada y no era así, habiendo sido engañados -engañó bastante-- por la utilización de etiquetas falsas semejantes a las auténticas utilizadas por el ENSE italiano.

Pues bien, el TEDH en la sentencia citada de 20 de Marzo de 2012 estima la demanda por considerar infringido el art. 6.1 del Convenio que reconoce el derecho a un juicio equitativo. El TEDH argumenta en su sentencia que "a juicio del Tribunal, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. Al respecto, hay que reconocer que, cuando la inferencia de un Tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan (caso Lacadena Calero vs España). Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta. El Tribunal tiene en cuenta a este respecto que esta oportunidad no está prevista para el recurso de casación".

b.3.- Tercera sentencia del TEDH de 27 de Noviembre de 2012.

Por último, la tercera la Sentencia de 27 de Noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García vs España , el TEDH examinó la STS 1091/2006, de 19 de Octubre, en la que este condenó ex novo a dos personas: a un alcalde, como autor de un delito continuado de prevaricación medioambiental, por acción y omisión, debido a la emisión de ruidos de un cogenerador de una empresa de cerámicas; y al representante de la empresa cuyo cogenerador emitía ruidos de forma que infringía la normativa vigente y causaba perjuicios y molestias a los vecinos de la zona, condenándole como autor de un delito contra el medio ambiente."

Pues bien, en el presente caso el relato de hechos probados no permite la revocación de la absolución, ya que supondría entrar en la convicción del tribunal acerca de la valoración de las declaraciones, lo que está prohibido, ya que el relato de hechos probados cierra a la Sala las posibilidades de actuación en orden a la estimación del recurso pretendida por la Fiscalía, ya que, ante las pruebas testificales, su proceso convicción lleva al dictado de unos hechos probados de contenido absolutorio, no otorgando relevancia a lo ocurrido y describiendo actos a los que no anuda el Tribunal el cumplimiento de los requisitos del art. 183 CP, no tratándose tan solo de delimitar la cuestión del injusto, sino los aspectos objetivos de la actuación desplegada y el proceso de convicción del Tribunal acerca de su naturaleza en orden a la práctica probatoria.

El Tribunal relata unos hechos probados en un escenario de intrascendencia penal en torno al desarrollo de unos hechos referidos a los actos descritos, en donde las menores apagaban la luz y le escondían objetos al acusado, y éste trataba de recuperarlos, no otorgando, en base a las declaraciones de las menores, relevancia penal a la conducta que consta en los hechos probados, la cual, para estimar el recurso del Fiscal, bien estructurado, exigiría una descripción distinta para poder tener encaje en el tipo penal del art. 183 CP. Esta circunstancia del hecho probado, con remisión a la doctrina antes citada del TC y TEDH, supone encorsetar al Tribunal de casación en el análisis del recurso de la fiscalía. Y ello, por quedar sujeto este Tribunal a los hechos probados, y no poder llevar a cabo un juicio de valoración distinto del efectuado

por el Tribunal, ya que ello supondría invadir y alterar el respeto a la utilización del principio de inmediación, del que dimana la práctica por el Tribunal que lo ejerce de la propia valoración de la prueba.

c.- La intangibilidad del hecho probado.

Este Tribunal ha reiterado en múltiples ocasiones el respeto a la intangibilidad del hecho probado. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo 1715/2000 de 2 Nov. 2000, Rec. 1614/1999 se recoge que: *el análisis del motivo debe partir inexcusablemente de la más absoluta intangibilidad de los hechos Probados, sin ninguna clase de añadidos o eliminaciones del relato histórico, y esta esencial exigencia la vulnera el recurrente, que argumenta y desarrolla su reproche introduciendo una serie de datos fácticos que no figuran en la declaración de hechos probados de la sentencia.*

También, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 235/2003 de 19 Feb. 2003, Rec. 3693/2001 se recuerda que *hay que recordar que el cauce casacional en este caso elegido (art. 849.1º LECRIM), de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia con exclusividad.*

En esta línea, los límites del recurso de casación impiden incidir en la valoración de las pruebas por el Tribunal de casación, y alterar el proceso de convicción del Tribunal, para, en base a la modificabilidad de esta valoración, alterar el hecho probado. Y ello, con infracción a la descripción del relato de hechos probados, mostrando más incidencia en la conducta del acusado a la hora de llevar a cabo su acción, no en el sustrato de la búsqueda de objetos, sino incluyendo un relato de hechos del que se pueda, más tarde, referirse la ejecución de actos incluidos en el tipo penal del art. 183 CP. Pero la descripción

del relato de hechos probados, tal y como están configurados, lo impide. Con el relato de los hechos probados configurado bajo una búsqueda de objetos que le retiraban las alumnas, sin otorgar en su descripción mayor relevancia a lo ocurrido que permitiera la subsunción jurídica en el tipo penal del art. 183 CP, resulta inviable la estimación del recurso, porque ello supondría alterar el proceso de convicción en cuanto a la valoración probatoria y, además, alterar el resultado de hechos probados con una descripción más acorde con las exigencias del tipo penal, lo que en esta sede procesal está vedado.

Siendo esto así, como recuerda la doctrina, la condena en casación tras una anterior sentencia absolutoria supondría una infracción de la presunción de inocencia, que solo puede ser desvirtuada en virtud de la existencia de una mínima y suficiente actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales. Es decir: practicada bajo la inmediación del órgano jurisdiccional y sometida a los principios de contradicción y de publicidad. Criterio corroborado por las sentencias 170/02 de 30 de septiembre, 197 , 198 y 200/02 de 28 de octubre , 212/02 de 11 de noviembre y 230/02 de 9 de diciembre, entre otras.

Con ello, la resolución del recurso parte de la base de una cuestión meramente técnica, en modo a que no se puede valorar de forma distinta las declaraciones de los testigos para llevar a unos hechos probados que serían distintos de los expuestos por el Tribunal, ya que ello conllevaría considerar desvirtuada la presunción de inocencia del acusado inicialmente absuelto, por un Tribunal superior que no ha presenciado las pruebas personales que sirvieron para fundar aquella declaración absolutoria y, por ende, sin tener en sus manos el principio de inmediación.

Cierto y verdad es que, como expone reiterada doctrina y la jurisprudencia de la Sala, cuando la apreciación depende, sustancialmente, de la inmediación, debe excluirse toda posibilidad de censura casacional referida a los juicios relacionados con el impacto o impresión causados por la prueba sensorialmente al juzgador. Por el contrario, como sostiene la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1989, este juicio es controlable y revisable en casación en un segundo nivel: el relativo a la valoración judicial de aquella; es decir el referido "a las deducciones e inducciones que el Tribunal

puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral".

Estas inferencias, efectivamente, pueden ser controladas en el recurso de casación, precisamente porque no dependen sustancialmente de la inmediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos. Por tanto, en la medida en que el tribunal de casación tiene completo acceso a ese razonamiento puede verificar en cada caso la corrección de las conclusiones. Pero no se puede perder de vista que la determinación de los hechos estimados como probados conforma el primer tramo del complejo proceso racional de la valoración de la prueba, y con la redacción aquí redactada resulta inviable alterar el segundo estadio incidiendo en una alteración de la valoración. El Tribunal refleja el desarrollo de la prueba testifical, pero en su proceso valorativo no anuda contenido de ilicitud y antijuridicidad, describiendo un escenario que no permite el juicio de subsunción en el tipo penal, degradando la gravedad de los hechos en un marco que describe amparado en un juego iniciado por las menores en el que el profesor pretende recuperarlos, aunque cierto y verdad que de una forma absolutamente incorrecta y anómala para el contexto de su actividad. No obstante lo cual, esta Sala no puede llegar más allá sin invadir los principios antes expuestos.

Con ello, debe incidirse en que el recurso de casación, únicamente, podrá abordar las inferencias o los razonamientos que acerca de los aspectos subjetivos de la conducta enjuiciada, sobre todo el elemento intencional, o el establecimiento en el factum de elementos valorables, haya efectuado el Tribunal a quo a partir de una serie de datos objetivados, pero el relato de hechos probados es incuestionable, y ello encorseta la actividad del Tribunal de casación ante una sentencia absolutoria.

Este razonamiento debe conllevar la desestimación del recurso, - y esto es de gran relevancia- no sin olvidar la cita de la doctrina asentada en la **Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia 396/2018, de 26 de Julio** en cuanto a que los actos de tocamientos sexuales tanto a mujeres - y, añadimos, también a menores- no son actos insertos en las coacciones o

vejeciones, sino que **integran un abuso sexual** y que, sobre todo, -añadimos- aquellas personas que tienen una relación de ascendencia en el trato con menores deben cuidar sus actitudes y actuaciones, velando por el respeto a la protección de los menores y a la infancia como valor a tener en cuenta digno de protección.

Debe destacar esta Sala del Tribunal Supremo la observancia de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que introducen algunos cambios referentes al concepto del "interés superior del menor", y que tuvieron sus antecedentes desarrollados en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, propuestas y observaciones formuladas estos años atrás por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (singularmente, la Observación general n.º 13 de 2011 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia y las observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010, por el Defensor del Pueblo en sus documentos «Menores o adultos, procedimientos para la determinación de la edad» de 2011 y «La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles» de 2012), por la Fiscalía General del Estado (en sus Circulares 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, y la 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave) y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (BOCG. Senado, serie I, núm. 545, de 17 de noviembre de 2010).

Ello conlleva la protección de los menores y el respeto al "*interés del menor*" en toda medida o actuación que le pueda afectar en el desarrollo de su personalidad, destacando, como se ha puesto de manifiesto, que quien tenga asumida por razones de familia, o en la escuela, un posición de ascendencia, o control periódico del menor debe evitar cualquier acto que implique violencia contra los menores, sea ésta de contenido físico, psicológico y, sobre todo, sexual, dado el tremendo daño que ello causa a los menores en el desarrollo de

su personalidad, dado que, aunque no se pueda percibir, los menores víctimas de actos sexuales, físicos, o de maltrato psicológico asumen un proceso de victimización que se extiende a lo largo de su vida, de ahí que deban abstenerse estas personas de llevar a cabo cualquier acto que implique el ejercicio de este tipo de actos, debiendo tener su debido reproche penal en la descripción de los tipos penales y su aplicación por los Tribunales.

En este escenario, la protección de los menores debe convertirse por las Administraciones Públicas en objetivo de primer grado para evitar que exista una "victimización encubierta" de los menores enmarcado en contextos de familia o educativos donde pueda resultar difícil su detección, y la obligación de todos de vigilar cualquier tipo de conducta que pueda estar realizándose que atente contra el menor en cualquiera de las facetas expuestas, poniendo en marcha todos los mecanismos de actuación urgente para detectar y detener estas conductas de inmediato, y la correspondiente derivación penal ante el ejercicio de actos de contenido sexual, o de violencia física o psicológica.

Pues bien, en esta Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia 396/2018, de 26 de Julio no se trató de un abuso sexual a menores, sino de un acto que podría haberse incardinado en el tipo penal del art. 181 CP, en razón a un caso de tocamiento momentáneo inconsciente con significación sexual, significando esta Sala que ello es constitutivo de un delito de abuso sexual. Pero se dictó, también, como en este caso, sentencia absolutoria al resultar los hechos probados insuficientes para aplicar el tipo de abuso sexual pretendido, pues no se aprecian los elementos subjetivos del delito, ya que no estamos en un caso del art. 183 CP, donde no se exige el ánimo libidinoso, sino del art. 181 CP. Además, **se hizo mención a la imposibilidad de convertir en sede casacional una sentencia absolutoria en condenatoria, al no poderse modificar los hechos probados**, ya que estos no demostraban la comisión de un ilícito penal de contenido sexual al referirse a que *Al intentar coger la llave del servicio de señoras, la rozó momentáneamente en la zona del pecho y de la cintura*. Se trata de un hecho que podría haberse incardinado en el tipo penal del art. 181 CP, pero de los hechos probados no se desprende la comisión de este delito en este caso. Pero en la sentencia se recoge que “**de constar en el factum de la resolución recurrida, con la claridad necesaria, la naturaleza**

sexual de la acción del recurrente y el ánimo tendencial de la misma, el hecho, aun cuando hubiera sido momentáneo, sería subsumible en el delito de abuso sexual del artículo 181 CP y no en el delito leve de coacciones castigado en el artículo 172.3 CP. La sentencia de esta Sala a la que alude la recurrente en su recurso y que podría apoyar esta última calificación, se enmarca en una línea jurisprudencial que ha de considerarse superada en el siguiente sentido. Cualquier acción que implique un contacto corporal inconsciente con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena. Cabe destacar en este sentido que el delito de abuso sexual del artículo 181 CP, de conformidad con dicho precepto, puede ser castigado con pena privativa de libertad o con pena de multa 18 a 24 meses.”

Con ello, y en la misma línea de esta sentencia, los actos de tocamientos a menores en sus órganos sexuales que queden perfectamente descritos en los hechos probados con un evidente contenido sexual no pueden ser calificados en modo alguno como coacciones o vejaciones, sino como delito de abusos sexuales a menores, debiendo adoptarse, como se ha expuesto, la observancia y prevenciones oportunas para detectar este tipo de casos, evitando el sufrimiento de los menores que sean víctimas de éstos actos y adopten silencio ante conductas que no comprenden por venir de personas que tienen sobre ellos ascendencia familiar o educativa, destacando el debido reproche y sanción penal de estas conductas con la gravedad que al efecto marca el texto penal.

En el caso del art. 183 CP no se requiere ni el consentimiento o su falta, sino actos de carácter sexual, o que atentaren a la indemnidad sexual de los menores, con lo que no se exige un “animus” en el sujeto activo, ni falta de consentimiento, ya que este existe al tratarse de menores de edad, por lo que solo se requiere la convicción del alcance del “carácter sexual” del tocamiento.

En este caso, como se ha expuesto de forma reiterada, los límites del resultado de los hechos probados conllevan la desestimación del recurso del Ministerio Fiscal, como se ha explicitado.

CUARTO.- Las costas se imponen de oficio.

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 interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, de fecha 19 de enero de 2018, en causa seguida contra el acusado que fue absuelto de delitos de abusos sexuales. Se declaran de oficio las costas procesales. Y, comuníquese esta resolución, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta

Francisco Monterde Ferrer

Alberto Jorge Barreiro

Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet

