

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 804/2024 de 26 Sep. 2024, Rec. 2619/2022

Ponente: Lamela Díaz, Carmen.

Nº de Sentencia: 804/2024

Nº de Recurso: 2619/2022

Jurisdicción: PENAL

ECLI: *ES:TS:2024:4617*

19 min

Tocar, besar o chupar los pies de alguien sin su consentimiento es un acto atentatorio contra la libertad o indemnidad sexual

ABUSO SEXUAL. AGRESIÓN SEXUAL A MENORES. Actos de naturaleza sexual sin el consentimiento de un víctima y contra la expresa voluntad de otra enmarcados en una parafilia fetichista que obtiene excitación y placer sexual en relación con los pies, al procederse a la introducción del pie de ambas víctimas en la boca del acusado. **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.** Vulneración inexistente. Una de las menores reconoció al acusado en el plenario como autor de los hechos, pudiendo ser sometida a interrogatorio cruzado de las partes sobre los mismos y acerca del reconocimiento realizado, mientras que la otra menor reconoció al acusado en fotografía en sede policial, en la rueda practicada en el Juzgado con todas las garantías y en el acto del juicio oral. **PRINCIPIO PRO REO.** Aplicación de la norma penal más favorable. No procede aplicar el marco penológico de la norma posterior, al ser más gravoso que el correspondiente a la norma anterior.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana, que condenó al acusado como autor de un delito de abuso sexual y otro de agresión sexual a menor de dieciséis años, confirmándola.

[Texto](#)

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 804/2024

Fecha de sentencia: 26/09/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2619/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/09/2024

Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: Agg

Nota: Siendo aplicable la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal \(LA LEY 19303/2018\)](#), y los [artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#), los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el [artículo 560.1.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#).

RECURSO CASACION núm.: 2619/2022

Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 804/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D.^a Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 26 de septiembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 2619/2022 interpuesto, por infracción de ley, por D. Sabino , representado por la procuradora D.^a María Dolores Moreno Gómez y bajo la dirección letrada de D. Alberto López Orive, contra la sentencia núm. 83/2022, de 24 de marzo, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Recurso de Apelación núm. 58/2022, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la Sentencia núm. 403/2021, de 9 de diciembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, dimanante del Procedimiento Sumario Ordinario núm. 76/2019 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Novelda que le condenó como autor responsable criminalmente de un delito de abuso sexual del [art. 181.1 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) y un delito de agresión sexual a menor de 16 años del

art. 183.1 (LA LEY 3996/1995) y 2 del Código Penal. Es parte el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida, en condición de acusación particular, D.^a Genoveva , representada por el procurador D. Álvaro García San Miguel Hoover y bajo la dirección letrada de D.^a María Luisa Beresaluze Canto.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Novelda incoó Diligencias Previas con el núm. 449/2018, por delito abuso sexual a menores contra D. Sabino y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Alicante, cuya Sección Segunda dictó, en el Procedimiento Sumario Ordinario núm. 76/2019, sentencia el 9 de diciembre de 2021, que contiene los siguientes hechos probados:

"ÚNICO .- De la apreciación conjunta, crítica y racional de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, con observancia de las garantías de contradicción, publicidad, oralidad e inmediación, resulta acreditado que:

Sobre las 22:30 horas del día 10 de junio de 2018, el acusado Sabino, privado de libertad por esta causa desde el día 11 de septiembre hasta el 5 de diciembre había seguido a Maite, nacida el día NUM000/01 y de 17 años de edad en el momento de los hechos, que se dirigía en compañía de una amiga a la casa de ésta última sita en la DIRECCION000 de la localidad de DIRECCION001. Cuando llegaron a dicho domicilio, mientras Maite esperaba a su amiga en las escaleras

del portal, éste aprovechó para acercarse a ella, y tras preguntarle su nombre y su edad, le dijo "me gustan tus pies, quítate el zapato para verlos mejor". Ante las respuestas negativas de la menor, el procesado, repentinamente y con ánimo libidinoso, le sujetó fuertemente el pie, y le quitó el zapato para acto seguido introducirse el pie en la boca y comenzar a chuparlo, hasta que la menor se pudo soltar y salir corriendo.

Con posterioridad sobre las 1:10 horas del día 3 de septiembre de 2018, cuando Rocío, nacida el NUM001/13 y entonces de 14 años de edad, caminaba en dirección a su domicilio por la DIRECCION002 de DIRECCION001, cuando fue abordada por el procesado que, mientras la seguía, le decía "que guapa eres, ¿cómo te llamas?, ¿tienes novio?, que pies más bonitos tienes, ¿me dejas que te los toque?. Ante la negativa de la menor, el procesado con ánimo libidinoso y con intención de satisfacer su deseo sexual, la cogió por los brazos y la empujó contra la persiana metálica de un almacén para que no pudiera moverse, para a continuación, empezar a tocarle una pierna y al gritar la menor que la soltase, el procesado le dijo "déjame que te chupe o te hago algo peor", y "como no te estés quita te violo, déjame que me haga una paja y me voy", quitándoles una sandalia y procediendo a continuación a chuparle el pie, pudiendo ver la menor como a la vez, cogiendo su pene dentro de un; pantalón deportivo con una mano se masturbaba.

Por tales hechos, ni Maite ni Rocío sufrieron lesiones. Ambas, ya mayores de edad, reclaman por los perjuicios sufridos."

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

"LA SALA ACUERDA: Que debemos condenar y condenamos a Sabino como autor responsable criminalmente de un delito de abuso sexual, previsto y pena en el [artículo 181.1 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), a las penas de DIECIOCHO MESES DE MULTA con una cuota diaria de 5€ y la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas, con PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a menos de 300 metros a Maite y de comunicarse con ella, por cualquier tipo de medio, por un periodo de CUATRO AÑOS; y como autor responsable criminalmente de un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años previsto y penado en los [artículos 183.1 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 2 del Código Penal, a las penas de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con INHABILITACIÓN especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad impuesta; PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a menos de 300 metros a Rocío, y de comunicarse con ella por cualquier tipo de medio, por un periodo de OCHO AÑOS, a cumplir simultáneamente con la privativa de libertad señalada; con imposición adicional de la MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA durante CINCO años, a concretar en ejecución de sentencia; con INHABILITACIÓN especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo de DIEZ años; así como a que INDEMNICE a Maite por daños morales en la cantidad de 1.000€ y a Rocío en la de 3.000€, con sus intereses legales, y al pago de las costas procesales devengadas en la tramitación del presente procedimiento.

Abónese al acusado para el cumplimiento de la pena impuesta el tiempo del que ha estado privado de libertad por esta causa preventivamente."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Sabino, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en fecha 24 de marzo de 2022, en el Rollo de Apelación núm. 58/2022, cuyo Fallo es el siguiente:

"En atención a todo lo expuesto, la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ha decidido:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. JUAN MANUEL DEL PINO MARTÍNEZ en nombre y representación de D. Sabino.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, imponiendo el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el acusado, 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.- La representación procesal del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del [art. 849.1 de la LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) por infracción de ley, por indebida aplicación del [art. 181 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) y del [art. 183. 1 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 2 del Código Penal.

Segundo.- Por infracción del ley al amparo del [núm. 2 del art. 849 de la LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) al entender que ha existido error en la valoración de la prueba.

SEXTO.- Con motivo de la entrada en vigor de la [Ley 10/2022, de 6 de septiembre](#), se acordó dar traslado a las partes por el término de ocho días a fin de alegar lo que pudiera resultar procedente acerca de la eventual incidencia de la mencionada nueva regulación respecto a la condena impuesta en la sentencia ahora recurrida, oponiéndose el Ministerio Fiscal a la revisión de la condena.

SÉPTIMO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; Se tiene por decaído a la representación procesal del recurrente del traslado del [art. 882, párrafo segundo, de la LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#) Seguidamente, la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 25 de septiembre de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, D. Sabino ha sido condenado en sentencia confirmada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, como autor de un delito de abuso sexual, a las penas de dieciocho meses de multa con una cuota diaria de cinco euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y prohibición de aproximarse a menos de 300 metros a Maite y de comunicarse con ella, por cualquier tipo de medio, por un periodo de cuatro años.

Igualmente ha sido condenado como autor responsable de un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años a las penas de cinco años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a menos de 300 metros a Rocío, y de comunicarse con ella por cualquier tipo de medio, por un periodo de ocho años, a cumplir simultáneamente con la privativa de libertad señalada.

También le fue impuesta la medida de libertad vigilada durante cinco años, a concretar en ejecución de sentencia, así como la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo de diez años.

Por vía de responsabilidad civil, el acusado fue condenado a indemnizar a Maite por daños morales en la cantidad de mil euros y a Rocío en la de tres mil euros, con sus intereses legales.

Por último, fue condenado a pagar las costas procesales causadas.

El recurso se dirige contra la sentencia núm. 83/2022, de 24 de marzo, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación núm. 58/2022, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Sabino contra la sentencia núm. 403/2021, de 9 de diciembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante en el procedimiento sumario núm. 76/2019, dimanante del sumario núm. 449/2018, instruido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Novelda.

Dos son los motivos del recurso. El primero por infracción de ley al amparo del amparo del [art. 849.1 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#), por indebida aplicación del [art 181 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) y del [art 183.1 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 2 CP. El segundo, también por infracción de ley, conforme al [art. 849.2 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#), por error en la valoración de la prueba.

Razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición nos llevan a reordenar los motivos del recurso a los efectos de su examen en esta instancia. De modo que se comenzará por el motivo que corresponde al apartado probatorio de la sentencia, para examinar después el motivo de derecho penal sustantivo que suscita la parte recurrente.

SEGUNDO.- Así pues, como se expresaba en el anterior fundamento, el segundo motivo del recurso se deduce por infracción de ley, conforme al [art. 849.2 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#), por error en la valoración de la prueba.

Estima que los reconocimientos efectuados por las víctimas carecerían de fuerza o de valor probatorio suficiente para dar por acreditado plenamente la identificación del autor del hecho denunciado.

En relación con D.^a Maite indica que no fue reconocido por la víctima en ningún momento durante la fase sumarial ni en las diligencias realizadas al inicio en sede policial, siendo únicamente reconocido en el acto de la vista y gracias a que previamente le habían exhibido fotografías del acusado.

Por lo que respecta a la menor Rocío, señala que inicialmente no fue reconocido en la composición fotográfica exhibida por la Guardia Civil, reconociéndole la víctima a posteriori cuando le enseñaron una fotografía extraída de Facebook. Por ello entiende que se ha dirigido absolutamente a la menor en su reconocimiento del autor de los hechos denunciados, vulnerándose su derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 24 CE (LA LEY 2500/1978) y 5.4 LOPJ (LA LEY 1694/1985)), valorándose erróneamente una prueba carente de garantías legales suficientes.

La queja del recurrente no guarda relación alguna con el motivo invocado, que exige la designación de aquellos documentos sobre los que se sustenta. Lo que realmente se está denunciando es la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, ya que a través de este motivo lo que expresa el recurrente su discrepancia con la suficiencia y valoración de la prueba, llevada a cabo por el Tribunal de instancia y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia, con la que se ha considerado enervada la presunción de inocencia. La vulneración de este derecho debería haber sido invocada por vía de la infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 LECrim (LA LEY 1/1882) y 5.4 LOPJ (LA LEY 1694/1985), que sin embargo cita en su desarrollo.

En todo caso, la queja del recurrente no puede ser estimada.

Conforme reiterada doctrina de esta Sala expresada en la sentencia núm. 289/2020, de 5 de junio, *"el reconocimiento directo y sin ningún género de dudas ante el tribunal es prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores. Esta Sala ha declarado en la que "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación"* (STS nº 177/2003, de 5 de febrero (LA LEY 11040/2003)). Un reconocimiento dudoso en fase sumarial puede ser subsanado mediante uno inequívoco en el Plenario o viceversa, cuando en la fase de instrucción se ha producido una rueda de reconocimiento con todas las formalidades legales y quien realiza el reconocimiento no ha admitido dudas sobre la identidad del reconocido y en el Plenario las suscita; el Tribunal, entonces previa introducción de dicha diligencia en el juicio oral, puede acoger la que le ofrezca mayor verosimilitud (STS 1278/2011, de 29 de noviembre (LA LEY 236554/2011))".

En el mismo sentido, señalábamos en la sentencia núm. 686/2018, de 20 de diciembre que *"El reconocimiento fotográfico en Comisaría, significa solamente una línea de investigación. La ley procesal penal (LA LEY 1/1882) permite, tras esa identificación, la práctica de una rueda de reconocimiento en fase de instrucción sumarial. Sin embargo, el reconocimiento en juicio es igualmente válido, conforme a doctrina reiterada de esta Sala Casacional, sin perjuicio de la conveniencia de la rueda de reconocimiento"*.

En el caso enjuiciado, D.^a Maite reconoció en el plenario al acusado como autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los mismos y acerca del reconocimiento realizado.

La Audiencia apreció que su testimonio "ha sido claro, consistente con sus declaraciones anteriores, coherente en sí mismo y contundente en su reconocimiento físico del denunciado en el propio acto de la vista. Explicó cómo tras acercarse el acusado con un perro "marrón y chato" y abordarla con las preguntas y comentarios transcritos, pese a sus negativas le quitó el zapato y se introdujo su pie en la boca chupándolo hasta que ella pudo zafarse, como sintió miedo en el momento de los hechos y posteriormente vergüenza, así como que no pudo reconocer al denunciado en la fotocomposición que le presentaron policialmente pero que se encuentra segura que es el acusado presente en la sala".

Igualmente excluye cualquier duda respecto al reconocimiento efectuado por Maite derivada del hecho de no haber reconocido al acusado inicialmente por fotografía y haber afirmado en sede de instrucción que no creía poder reconocerle, "cuando de sus manifestaciones entonces y en el acto de la vista resulta que pudo verle perfectamente en el momento de los hechos (... de 25 a 30 años de edad, ...barba poblada de color castaño claro y de pelo corto castaño claro...) y contrastar su recuerdo con la fisonomía del acusado".

El Tribunal Superior de Justicia coincidió en esta valoración, añadiendo además que "el propio recurrente admitió haber hablado con la joven, lo que ya de partida refuerza ese reconocimiento, como lo hace que esta igualmente afirmó que en ese momento el Sr. Sabino iba con un perro, al cual sí que reconoció de partida,

es decir antes de que le exhibieran las fotografías, sirviendo así su mascota igualmente de elemento de refuerzo a su identificación".

Por su parte la menor D.^a Rocío reconoció al acusado en fotografía en sede policial, en la rueda practicada en el Juzgado con todas las garantías y en el acto del juicio oral.

Como expresa la Audiencia, y frente a las afirmaciones que realiza en este momento el recurrente, *la menor "Reconoció expresamente al acusado en el acto de la vista, al igual que lo había reconocido en el acto de reconocimiento en rueda practicado en sede judicial 13/09/18 y anteriormente fotográficamente en el cuartel de la Guardia Civil. Afirmó reconocerle directamente por haberle visto perfectamente el día de los hechos y no por haberle visto inicialmente en las fotografías presentadas, al igual que en su exploración judicial prestada en sede de instrucción consta (f.125) que manifestó asimismo la seguridad en su reconocimiento directo en la rueda, recordando haber tenido dudas en la exhibición de las fotografías, pero encontrarse segura en la rueda, especialmente cuando se pusieron de perfil. En el acta de la diligencia sumarial de reconocimiento en rueda (ff. 128 y 129) consta que reconoció por dos veces al entonces detenido, con seguridad, sin que se formulara objeción alguna por la defensa respecto a las condiciones de su práctica".*

Asimismo la Audiencia no estimó admisible la alegación de la defensa en el sentido de que la previa exhibición de la fotografía del acusado a la víctima pudiera haber influido en el resultado del posterior reconocimiento en rueda practicado en el Juzgado de Instrucción y en la posterior identificación directa en el acto de la vista, "por ser una mera conjetura, sin soporte probatorio alguno,

habiendo negado la testigo repetidamente, (...), que su reconocimiento obedeciera más que a su identificación directa, (...)"

En el mismo sentido se expresó el Tribunal Superior de Justicia: "Realmente no podemos cuestionar la labor llevada a cabo por la Guardia Civil, dado que fruto de las investigaciones efectuadas llega a su conocimiento que en las inmediaciones de donde ocurren los hechos un hombre que paseaba un perro había protagonizado episodios similares, tomándose así declaración a unas doce mujeres que habían tenido un encuentro similar con el acusado (f. 15 a 33) si bien afortunadamente con menores consecuencias, lo que permitió su identificación y que se exhibiera una composición fotográfica a la menor, de la que se da cuenta en las correspondientes actas a los folios 34 a 37, reconocimiento en el que sin perjuicio de dar mayor o menor precisión sobre la forma de llevarlo a cabo se ratificó durante su exploración ante el instructor (f. 124 -125). Habiendo efectuado en dependencias policiales reconocimientos similares las referidas mujeres (f. 38 y ss.)".

De esta forma, concluye la Audiencia y confirma el Tribunal Superior de Justicia, estimando que, *en definitiva, ambas testigos reconocieron al acusado como el autor de los hechos. Consideran además que el citado reconocimiento lo hicieron de forma directa, contundente y con seguridad, no apreciando razones fundadas que le lleven a dudar de la fiabilidad de su testimonio.*

Nos encontramos pues ante prueba de cargo válida y apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia. La citada prueba además ha sido valorada razonada y razonablemente, otorgando al testimonio prestado por la Sras. Maite y Rocío plena credibilidad y fiabilidad.

El motivo por ello se desestima.

TERCERO.- El primer motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del amparo del [art. 849.1 LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#), por indebida aplicación de los [arts. 181 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y [183.1 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 2 CP.

Razona que la conducta consistente en "lamer" o "chupar" los pies no tiene encuadre legal en los tipos contemplados en los citados preceptos, pudiendo integrar otros tipos penales como coacciones, vejaciones o exhibicionismo.

Más en concreto, en relación con la menor Rocío, señala que el pie no puede ser nunca considerado como zona erógena a los efectos objetivos del tipo penal que establece la "realización de actos de carácter sexual", no teniendo tal connotación la acción llevada a cabo por el recurrente en dicha parte del cuerpo de la menor.

Entiende por ello que la realización de tal acto sería atípica y nunca encuadrable en un delito de agresión sexual del [art 183.1 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 2 CP, pudiendo en todo caso su conducta ser incardinable en el tipo penal de exhibicionismo previsto y penado en el [art 185 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) en lo que al acto de masturbación se refiere.

Respecto a su actuación en relación a D.^a Maite, señala que el tocamiento no consentido no se proyecta tampoco en una zona erógena para que pudiera entenderse que concurren los requisitos de tal tipo penal. Añade que no puede

apreciarse en ese comportamiento, consistente en chupar o lamer su pie, un ánimo específico ni una clara conducta de contenido sexual.

Así pues, lo que cuestiona el recurrente es la connotación sexual de los actos que llevó a cabo frente a sus víctimas, elemento integrante de los dos tipos delictivos por los que ha sido condenado, los que exigen la realización de actos de carácter sexual (art. 183 CP (LA LEY 3996/1995)LO 1/2015, de 30 de marzo (LA LEY 4993/2015)) o atentatorios contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona (art. 181 CP (LA LEY 3996/1995)LO 1/2015, de 30 de marzo (LA LEY 4993/2015)).

No hay duda de que existen actos de inequívoco carácter sexual (tocamientos en la zona vaginal, pectoral etc.), idóneos para menoscabar la indemnidad o la libertad sexual de las víctimas. Junto a ellos existen otros, como los besos, incluso en los labios, que 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 (STS 490/2015, de 25 de mayo (LA LEY 102969/2015)).

Ello sin embargo no implica que los tocamientos en otras zonas del cuerpo, las que en sí mismas y al margen del contexto en que se producen carecen de contenido sexual, puedan adquirir este carácter. De esta forma, la parte del cuerpo elegida por el autor no puede desvincularse de modo radical de conductas de naturaleza sexual, sino que deben ser valorados el contexto y circunstancias en los que el acto tiene lugar para valorar su connotación sexual.

Como expresábamos en la sentencia núm. 396/2018, de 26 de julio, "Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el [artículo 181 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#); sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena".

Ese ánimo tendencial viene constituido por el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima.

En nuestro caso, atendiendo precisamente a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, el Tribunal de instancia ha concluido de forma acertada que los contactos corporales llevados a cabo por el acusado, in consentidos por la Sra. Maite e impuestos violentamente a la Sra. Rocío, la que además era menor de dieciséis años, tuvieron una significación indudablemente sexual.

Los hechos probados de la sentencia así lo describen. En ellos se relata que "Sobre las 22:30 horas del día 10 de junio de 2018, el acusado Sabino, (...), había seguido a Maite, nacida el día NUM000/01 y de 17 años de edad en el momento de los hechos, que se dirigía en compañía de una amiga a la casa de ésta última (...). Cuando llegaron a dicho domicilio, mientras Maite esperaba a su amiga en las escaleras del portal, éste aprovechó para acercarse a ella, y tras preguntarle su nombre y su edad, le dijo "me gustan tus pies, quítate el zapato para verlos mejor". Ante las respuestas negativas de la menor, el procesado, repentinamente

y con ánimo libidinoso, le sujetó fuertemente el pie, y le quitó el zapato para acto seguido introducirse el pie en la boca y comenzar a chuparlo, hasta que la menor se pudo soltar y salir corriendo.

Con posterioridad sobre las 1:10 horas del día 3 de septiembre de 2018, cuando Rocío, nacida el NUM001/13 y entonces de 14 años de edad, caminaba en dirección a su domicilio por la DIRECCION002 de DIRECCION001, cuando fue abordada por el procesado que, mientras la seguía, le decía "que guapa eres, ¿cómo te llamas?, ¿tienes novio?, que pies más bonitos tienes, ¿me dejas que te los toque?". Ante la negativa de la menor, el procesado con ánimo libidinoso y con intención de satisfacer su deseo sexual, la cogió por los brazos y la empujó contra la persiana metálica de un almacén para que no pudiera moverse, para a continuación, empezar a tocarle una pierna y al gritar la menor que la soltase, el procesado le dijo "déjame que te chupe o te hago algo peor", y "como no te estés quita te violo, déjame que me haga una paja y me voy", quitándole una sandalia y procediendo a continuación a chuparle el pie, pudiendo ver la menor como a la vez, cogiendo su pene dentro de un pantalón deportivo, con una mano se masturbaba".

No hay duda que lo que describe el hecho probado son dos hechos de naturaleza eminentemente sexual llevados a cabo por el acusado para satisfacer su deseo sexual, sin el consentimiento de Maite y contra la expresa voluntad de Rocío.

Así lo explican perfectamente, primero la Audiencia y después el Tribunal Superior de Justicia.

En ambos casos los actos se enmarcan en una parafilia fetichista que obtiene excitación y placer sexual en relación con los pies. No se trata un tocamiento fugaz e inocente, sino de un acto de cierta trascendencia que no tiene otra explicación que la inequívocamente lasciva de obtener una satisfacción sexual al procederse de forma in consentida a la introducción del pie de la víctima en la boca del acusado para obtener con tal conducta su satisfacción sexual.

En relación a Maite, de 17 años de edad en el momento de los hechos, le produjo sentimientos de miedo y vergüenza. Su contenido sexual se evidencia por la forma misma y contexto en que los hechos tuvieron lugar. No de otra forma puede entenderse, y así lo interpretó la propia víctima a quien, conforme señala el Tribunal Superior de Justicia, no dejó de resultarle extraño el comportamiento, pero de inmediato le atribuyó un claro contenido sexual. En este punto destaca el Tribunal lo declarado por Rocío en el minuto 11.37 relatando que "al meterse su pie en la boca se quedó como en "shock", paralizada, añadiendo: "porque en una agresión sexual pueden ir a cualquier parte pero es que es como un fetiche muy raro...".

Más claro aún resulta el caso de Rocío, a la que se dirigió de forma violenta, amenazándola con violarla si no se estaba quieta y pidiéndole que le dejara hacerse "una paja", procediendo a introducir el pie de la menor en su boca mientras se masturbaba. Esta conducta le produjo claramente excitación sexual.

El motivo por ello no puede ser atendido.

CUARTO.- 1. El principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo se encuentra regulado en el [art. 2.2 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), conforme al cual

"tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo".

En idéntico sentido, el [art. 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea \(LA LEY 12415/2007\)](#), sobre Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, establece que "Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta".

Y, como tradicionalmente ha señalado el Tribunal Constitucional, este principio se halla también comprendido a sensu contrario en el [art. 9.3 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), en el que se declara que "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

2. Por ello, con motivo de la entrada en vigor de la [Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre \(LA LEY 19383/2022\)](#), se procedió a dar traslado a las partes, a fin de que procedieran a alegar lo que pudiera resultar procedente acerca de la eventual

incidencia de la mencionada nueva regulación respecto a las condenas impuestas en la sentencia ahora recurrida.

El Ministerio Fiscal entiende que no procede la aplicación retroactiva de la [LO 10/2022, de 6 de septiembre \(LA LEY 19383/2022\)](#) en relación con las condenas impuestas al recurrente. Con relación al delito de abuso sexual sostiene que la pena de prisión prevista con arreglo a la nueva normativa sería más grave que la pena de multa que conforme a la anterior legislación fue impuesta al recurrente. En relación al delito de agresión sexual sobre menor de 16 años, señala que ha sido sancionado en la sentencia recurrida con la pena de 5 años de prisión que resultaba antes y resulta ahora el mínimo legalmente imponible a al delito, por lo que tampoco cabe pensar en la retroactividad favorable de la nueva ley.

La Acusación Particular no ha efectuado alegación alguna al respecto. Por su parte la defensa se ha limitado a señalar que mantiene los mismos motivos de casación alegados en su escrito de formalización del recurso.

3. El precepto aplicable al tiempo de la comisión de los hechos, [Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo \(LA LEY 4993/2015\)](#), por los hechos realizados sobre D.^a Maite fue el contenido en el [art. 181.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), que preveía la aplicación de la pena de prisión en extensión de 1 a 3 años o multa de 18 a 24 meses. El Tribunal impuso la pena de multa en su extensión mínima de 18 meses en atención a la "relativa menor gravedad del comportamiento del sujeto en relación con otros supuestos".

Conforme a las disposiciones contenidas en la [Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual \(LA LEY 19383/2022\)](#), los

hechos serían constitutivos de un delito comprendidos en el art. [art. 178.1 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#) Tales hechos eran sancionados con pena de prisión de 1 a 4 años. La posibilidad de aplicar el tipo atenuado contemplado en el apartado tercero del citado precepto podría llevar a imponer la pena de multa de 18 a 24 meses. Además, era preceptiva la aplicación de las penas accesorias contempladas en el [art. 192.3 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Así pues, el marco penológico aplicable con la [LO 10/2022 \(LA LEY 19383/2022\)](#) es más gravoso al que correspondía con la [LO 1/2015 \(LA LEY 4993/2015\)](#), incluso en el supuesto de apreciar el tipo atenuado, al ser preceptiva la aplicación de las penas accesorias contempladas en el [art. 192.3 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Los hechos que afectan a la menor D.^a Rocío, se estimaron comprendidos en el [art. 183.1 \(LA LEY 3996/1995\)](#) y 2 CP, en el ámbito de aplicación de la LO Ley 1/2015, que preveía la aplicación de la pena de prisión en extensión de 5 a 10 años. El Tribunal impuso la pena en su extensión mínima de 5 años.

Además, impuso por la medida de libertad vigilada durante cinco años, a concretar en ejecución de sentencia, así como la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo de diez años.

Conforme a las disposiciones contenidas en la [Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual \(LA LEY 19383/2022\)](#), los hechos serían constitutivos de un delito comprendidos en el art. [art. 181.1 y 2, primer inciso, CP.](#) Tales hechos eran sancionados con pena de prisión de 5 a 10

años. Además era preceptiva la aplicación de las penas accesorias contempladas en el [art. 192.3 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

No puede ser de aplicación el 181.2 párrafo 2º CP, ya que la existencia de violencia que describe el Tribunal es incompatible con la menor entidad sobre la que se proyecta la causa de atenuación recogida en el citado precepto.

Así pues, *el marco penológico aplicable con la [LO 10/2022 \(LA LEY 19383/2022\)](#) es el mismo al que correspondía con la [LO 1/2015 \(LA LEY 4993/2015\)](#), incluso más grave, al ser preceptiva la aplicación de las penas accesorias contempladas en el [art. 192.3 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#).*

Por ello, no procede en este caso la revisión.

QUINTO.- La desestimación del recurso formulado por D. Sabino, conlleva a imposición al mismo de las costas de su recurso, de conformidad con las previsiones del [art. 901 LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#)

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Sabino, contra la sentencia núm. 83/2022, de 24 de marzo, dictada por la

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Recurso de Apelación núm. 58/2022, en la causa seguida por delito de abuso sexual y delito de agresión sexual a menor de 16 años.

2) Imponer al recurrente las costas ocasionadas en el presente recurso.

3) Comunicar esta resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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.