



Roj: **SAP B 16416/2019 - ECLI: ES:APB:2019:16416**

Id Cendoj: **08019370202019100674**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **20**

Fecha: **17/04/2019**

Nº de Recurso: **41/2017**

Nº de Resolución: **428/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ZABALEGUI MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN VEINTE

Rollo Sumario: 41/17-C

Sumario : 1/16

Juzgado : Instrucción nº 4 de DIRECCION000

SENTENCIA Nº 428/19

ILMAS. SRAS. :

DOÑA M^a CARMEN ZABALEGUI MUÑOZ

DOÑA ELENA ITURMENDI ORTEGA

DOÑA CELIA CONDE PALOMANES

En la ciudad de Barcelona, a diecisiete de abril de dos mil diecinueve

VISTO ante esta Sección el presente Sumario seguido por un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal (a menor de trece años) y un delito de agresión sexual con acceso carnal (a menor de trece años), dimanante del Sumario nº 1/16 del Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000 , contra Alberto , de nacionalidad española, con DNI nº NUM000 , nacido el día NUM001 de 1974, hijo de Amador y Maité , natural de DIRECCION001 (Barcelona) y vecino de DIRECCION002 (Barcelona), sin antecedentes penales, cuya solvencia no ha sido declarada, en situación de libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora doña María Gallardo de la Torre y defendido por la Abogada doña Aitana Sánchez Jiménez Pajarero; siendo partes acusadoras Otilia , representada por el Procurador don Ignacio Marsal Ros y defendida por el Abogado don Jorge García Alonso; y el M^o Fiscal.

Ha sido Magistrada Ponente la ILMA. SRA. DOÑA M^a CARMEN ZABALEGUI MUÑOZ, quien expresa la convicción unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : El Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000 dictó auto con fecha 1 de diciembre de 2016 por el que declaró procesado a Alberto cuyos datos de filiación obran en el encabezamiento.

Mediante auto de fecha 19 de octubre de 2017 dictado por esta Sección de la Audiencia Provincial se decretó la apertura del juicio oral.

SEGUNDO : El juicio oral se inició el día 11 de diciembre de 2018, sesión en la que se resolvieron las cuestiones previas y se suspendió para continuar debido a la admisión en ese momento de dos pruebas testificales



propuestas por la acusación particular y parte de la pericial médica propuesta por la defensa (que se había admitido inicialmente en su totalidad). El juicio oral continuó los días 19 y 20 de marzo de 2019.

Se practicó interrogatorio del acusado, testifical, pericial y documental.

El Mº Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de: 1) un delito continuado de abusos sexuales de los arts. 182.1 y 2 en relación con el art. 181.1ª y 2ª y con el art. 180.1, 4º del Código Penal en su redacción dada por la reforma operada por la LO 11/1999; y 2) un delito de agresión sexual del art. 180.1, 3º y 4ª y 180.2 del Código Penal en relación con el art. 178 y 179 del Código Penal en su redacción dada por la reforma operada por la LO 11 /1999, del que es autor el procesado, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando que se le impusiera: a) por el delito de abusos sexuales, la pena de 9 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de conformidad con lo establecido en el art. 57 del Código Penal la prohibición de aproximación a Otilia , a su domicilio, lugar de escolarización o cualquier otro en que se encontrara a una distancia no inferior a 1000 metros durante un periodo de tiempo superior en ocho años a la pena de prisión impuesta y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por igual tiempo; y b) por delito de agresión sexual la pena de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de conformidad con lo establecido en el art. 57 del Código Penal la prohibición de aproximación a Otilia , a su domicilio, lugar de escolarización o cualquier otro en que se encontrara a una distancia no inferior a 1000 metros durante un periodo de tiempo superior en ocho años a la pena de prisión impuesta y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por igual tiempo; pago de las costas del procedimiento y como responsable civil a que indemnice a Otilia en 30.000€ por los perjuicios morales.

La acusación particular en sus conclusiones definitivas calificó los hechos igual que el Mº Fiscal, solicitando las mismas penas y responsabilidad civil con la excepción de que para el delito 1) solicitó que las penas accesorias de prohibición y comunicación con la víctima fuera por un tiempo de 10 años superior al de prisión impuesta y para el delito 2) que los fueron en un tiempo de 12 años superior al de prisión impuesta.

En el mismo trámite (conclusiones definitivas), la defensa del procesado solicitó su libre absolución.

Seguidamente las partes informaron en apoyo de sus respectivas tesis y, después de oír al procesado, quedaron los autos vistos para sentencia.

TERCERO: En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar sentencia debido a la prolongación de las sesiones de deliberación.

HECHOS PROBADOS

Alberto , mayor de edad, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, inició una relación sentimental con Susana en el verano del año 2000, conviviendo a partir del mes de septiembre de ese año en una vivienda sita en la localidad de DIRECCION002 , junto con la hija de la mujer fruto de otra relación, Otilia , nacida el día NUM002 de 1997. La pareja tuvo un hijo común, Gaspar , nacido el día NUM003 de 2001.

Alberto y Susana trabajaban en la misma empresa, pero en turnos distintos, lo que llevó a que durante la jornada laboral de uno, el otro se quedaba al cuidado de los menores, ejerciendo Alberto el rol de padre no solo de su hijo Gaspar , sino también de Otilia , quien a pesar de tener un régimen de visitas con su progenitor, consideraba a Alberto como un padre.

En una fecha indeterminada que puede situarse en el año 2005, teniendo Otilia aproximadamente 8 años de edad, Alberto se encontraba en la vivienda familiar al cuidado de los menores. Estando los dos niños viendo la televisión, Alberto dejó a Gaspar en el salón y llevó a Otilia a la habitación en la que dormían los menores en dos literas, deslizó la litera inferior, la tumbó en ella, le bajó los pantalones, le tocó con los dedos los genitales y se los chupó.

A partir de ese momento, en numerosas ocasiones cuyo número no ha quedado determinado, cuando Alberto estaba al cuidado de los dos menores, dejaba a Gaspar solo en el salón o en la bañera y llevaba Otilia a la habitación donde no solo la tocó y chupó de la forma expuesta, sino que varias veces restregó su pene por los genitales de la niña y se lo introdujo parcialmente en la vagina. En una ocasión la penetró analmente y Otilia sangró.

En otra ocasión llevó a Otilia a la habitación de matrimonio, le dijo que se tumbara en la cama, que cerrara los ojos y que abriera la boca, para acto seguido introducir el pene en la boca de la menor.

No ha quedado probado que dijera a la niña que si no abría la boca la pegaría.



Esos hechos se prolongaron hasta que a la menor le comenzó a salir el vello púbico (puede situarse en el año 2006), momento en que Alberto paró en su actitud.

Otilia no comunicó a ningún adulto de su entorno lo que le estaba pasando, manteniendo con Alberto una relación familiar aparentemente normalizada, no solo hasta aproximadamente el año 2012 cuando Alberto y Susana se separaron, sino después cuando aquel acudía habitualmente al domicilio que fue familiar.

Otilia cursaba sus estudios en el Instituto DIRECCION003 y tras advertir su tutora un importante grado de ansiedad en la menor, la derivó en el mes de marzo de 2015 a la orientadora educativa del centro (psicopedagoga), con la que siguió unas sesiones.

En el marco confidencial de las sesiones con la psicopedagoga, Otilia le comentó los actos sexuales por parte de su padrastro que había sufrido en la infancia, siendo muy reacia a contárselo a su madre. Finalmente, tras coger fuerza para contarlo, la dirección del Instituto convocó a su madre, Susana, y en dicho centro Otilia le comunicó los hechos de carácter sexual que contra ella perpetró Alberto.

El día 24 de marzo de 2015 Susana, en nombre de su hija, interpuso la correspondiente denuncia contra Alberto en la comisaría de Mossos d'Esquadra de DIRECCION000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : CUESTIONES PRELIMINARES

En primer lugar debemos documentar las resoluciones que adoptamos *in voce* en la primera sesión del juicio, antes de dar inicio a su celebración (que se pospuso y se realizó en dos sesiones más).

1.1.- Declaración de la testigo Otilia protegida por una mampara.

La citada testigo aparece como víctima en el procedimiento y es en la actualidad mayor de edad. Su representación solicitó que declarara protegida por una mampara, ante lo cual se celebró una vista para que explicara las razones de tal petición manifestando, en esencia, que estaría más tranquila y espontánea sin ver al acusado durante su declaración; las partes no se opusieron y se accedió a que la testigo depusiera en el juicio protegida por una mampara para impedir la comunicación visual con el procesado; todas las partes manifestaron su voluntad de no recurrir tal decisión.

Tanto el art. 707 LECr como los arts.19 y 25 de la Ley 4/15 de 27 de abril, Estatuto de Víctima, facultan al Tribunal para acordar medidas de protección de víctimas/testigos entre las que se encuentran las relativas a facilitar la imposibilidad de comunicación, la confrontación visual y la victimización secundaria.

El artículo 707 de la LECr dispone a estos efectos que: *"La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección"*.

Por su parte, el art. 19 del Estatuto de la Víctima dispone: *" Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal , para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada"*. Y por último el art. 25 del mismo Estatuto dispone: *"..2. Durante la fase de enjuiciamiento podrán ser adoptadas, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal , las siguientes medidas para la protección de las víctimas: a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación"*.

En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta los argumentos de la testigo para solicitar la protección y la naturaleza de los hechos objeto de enjuiciamiento (contra la libertad sexual cuando era menor de edad), era necesario darle la protección que pidió durante su declaración porque consideramos que la evitación del contacto visual con el acusado contribuiría a que el testimonio pudiera prestarse en las condiciones más óptimas posibles sin comprometer el derecho de defensa de aquel.



1.2.- *Denegación de la petición de protección por una mampara de la testigo Susana (madre de Otilia y ex pareja del procesado).*

La representación de Otilia solicitó que la declaración testifical de su madre, Susana, también se realizara evitando la confrontación visual con el acusado.

Se oyó en una vista preliminar a Susana y manifestó, en síntesis, que no quería prestar declaración viendo al acusado, pero también dijo que se veían prácticamente a diario porque trabajan en el mismo centro.

Atendiendo fundamentalmente a que Susana no tiene la cualidad de víctima de los hechos objeto de enjuiciamiento (por lo que no es aplicable el art. 707 LECr) y teniendo en cuenta que, por trabajar juntos, tiene contacto habitual con el acusado (por lo menos visual), no advertimos razón excepcional alguna para que prestara declaración en el juicio protegida por mampara.

1.3.- *Determinación de los hechos objeto de enjuiciamiento*

En el inicio del juicio y antes de abrir el turno de intervenciones de las partes, fue necesario determinar los hechos (y los delitos) objeto de enjuiciamiento debido a que en el escrito de conclusiones provisionales de la acusación particular se habían desbordado los límites fácticos que venían marcados por el auto de procesamiento.

Es preciso recoger textualmente los hechos por los que Alberto fue procesado; y los que se recogen en el escrito de conclusiones de la acusación particular que entendemos sobrepasan aquellos límites.

Por auto de fecha 1 de diciembre de 2016 dictado por el Juzgado de Instrucción se declaró procesado al citado por los hechos que venían recogidos en el FJ1, en el que se dice *"De lo actuado se desprende, con carácter provisional y sin perjuicio de que pudiera declararse probado en el momento procesal oportuno, que Alberto, cuyos datos de filiación constan en autos, ha realizado tocamientos a Doña Otilia, nacida el día NUM002 de 1997, durante los años 2005 a 2007 cuando la menor cursaba los cursos de tercero y cuarto de primaria, aprovechando que era el padrastro de la menor y durante la convivencia con la misma. Dichos hechos no se limitaron a tocamientos, sino que llegó a actos de naturaleza tal como introducción de miembros por vía bucal, anal y vaginal"*.

En la conclusión primera del escrito de acusación (hechos punibles), la acusación particular, además de los hechos relativos a conductas sobre Otilia, introduce más hechos, concretamente se dice: *"Así pues, en momentos temporales paralelos, el Sr. Alberto llevó a cabo conductas de similar índole sexual con el menor Gaspar, cuando prevaleciendo de su figura paterna le solicitó favores tales como "hacerle una paja", "ponerle sus partes en la boca" u obligarle a desnudarse íntegramente con ánimo lascivo. Todo ello le fue relatado por el menor a su tía, Estela y a la pareja de esta, Ignacio cuando estando en la playa les dirigió frases como "El papa, cuando yo era pequeño me pedía que me pusiera sus partes en la boca", "A veces el papa nos pide que le hagamos cosas", o "Me preguntó si sabía lo que era una paja y si quería que me hiciera una"*. Tales hechos fueron calificados como delito de abuso sexual del art. 183.1 y 4 d) CP y se solicitó por este delito la pena de cuatro años de prisión (la acusación particular en sus conclusiones definitivas mantuvo en su integridad el escrito de acusación, aunque retiró la acusación por aquel delito y la petición de penas por hechos relacionados con el menor Gaspar).

Se advierte fácilmente que en el escrito de la acusación particular se incluyen unos hechos, que se califican como delito de abuso sexual a menor de dieciséis años, que no estaban recogidos en el auto de procesamiento.

Conforme establece el art. 384 LECr desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra una persona, se dictará auto declarándola procesada.

El auto de procesamiento es la resolución por la que el Juez de instrucción formaliza la inculpación, delimitando objetiva y subjetivamente el proceso mediante una resolución motivada con la provisionalidad inherente a la misma (al tratarse de un acto de inculpación podría dejarse sin efecto según resultare la investigación) y que determina la legitimidad pasiva, pues nadie puede ser acusado sin haber sido anteriormente procesado (Vid. STS 78/2016, de 10 de febrero).

La literalidad del art. 650.1 LECr ha llevado a algún sector doctrinal a reducir el alcance del auto de procesamiento a la delimitación subjetiva del proceso, negándole capacidad para condicionar al Mº Fiscal o al resto de acusaciones en lo relativo a los presupuestos fácticos que deben ser objeto del debate del juicio oral, pues aquel artículo cuando describe el contenido de la conclusión fáctica de los escritos de acusación se refiere a *"los hechos punibles que resulten del sumario"*, por lo que entienden que las acusaciones pueden rescatar cualquier hecho no incluido en el auto de procesamiento que hubiera sido objeto de la instrucción, porque el derecho de defensa quedaría garantizado siempre que ese hecho se sometiera al debate contradictorio en el juicio.



Ese criterio interpretativo no es el seguido por el Tribunal Supremo (como mas adelante se dirá) y parece que fue el adoptado por la acusación particular para formular acusación por hechos no incluidos en el auto de procesamiento, puesto que cuando se opuso a nuestra decisión (apartarlos del enjuiciamiento), alegó que el procesado fue informado de esos hechos, que el sumario es de "concreción progresiva" y que si no se enjuiciaran esos hechos se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, significando que el procesado fue preguntando en relación a los abusos a su hijo Gaspar en la declaración indagatoria.

Es cierto que en la fase de diligencias previas se investigaron los posibles abusos sexuales por parte del acusado a su hijo Gaspar , junto con los hechos contra la libertad sexual en relación a su hijastra Otilia , pero no es menos cierto que antes de la incoación del sumario se dictó un previo auto transformador del procedimiento (folios 171 y 172) por el que se acordó la continuación por los trámites del procedimiento abreviado que, aunque fuera una resolución procesalmente incorrecta, su contenido es relevante en lo que aquí interesa, pues en los antecedentes fácticos se dice que *"no queda acreditado plenamente que hubiera hecho lo mismo posteriormente con su hijo Gaspar , más o menos cuando Gaspar tenía esa edad (8 años), según lo que Gaspar refirió durante su exploración judicial practicada a través del Servei D'Asistencia Tecnica en l'Àmbit de la Família, pues si bien refirió conductas extrañas del padre, el menor no habría admitido ningún abuso directo sobre su persona, ni menos aún con acceso carnal como sí refirió Otilia "*.

La acusación particular se aquietó con ese contenido del auto, por cuanto ese extremo no fue impugnado a través del correspondiente recurso. Si los hechos inicialmente atribuidos al aquí acusado respecto de su hijo Gaspar hubieran sido objeto de un proceso autónomo, debería haberse seguido el procedimiento abreviado, por lo que consideramos que aquella resolución aunque no contiene el sobreseimiento provisional por aquellos hechos, reflejó la convicción del Juez instructor relativa a la inexistencia de indicios suficientes para continuar tal procedimiento contra Alberto por abusos sexuales a su hijo.

Posteriormente el Juez instructor subsanó el error procedimental en que había incurrido e incoó sumario por los hechos imputados a Alberto en relación a su hijastra Otilia (ya había descartado anteriormente seguir el procedimiento por los relativos a Gaspar).

Ya hemos adelantado que el criterio interpretativo que parece que ha seguido la acusación particular no es el seguido por el Tribunal Supremo, pues como se dice en la STS 133/2018, de 20 de marzo, el auto de procesamiento es algo mas que una simple resolución delimitadora de quien tiene que soportar la acusación, pues la garantía jurisdiccional no solo dibuja el "quien" de la inculpación, sino el "qué" y el "porqué", cobrando de ese modo sentido el sistema de investigación jurisdiccional, sin poder llevar a un interpretación que exija exactitud fáctica entre el auto de procesamiento y los escritos de acusación, puesto que, precisamente, son las conclusiones provisionales las que permiten formalizar la pretensión punitiva y delimitar el objeto del proceso, y las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo determinan de modo definitivo, limitando de esa manera el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. En palabras de la STS citada *"La vinculación objetiva no es identidad objetiva. No es identidad incondicional. Pero sí lo es en lo atinente a los presupuestos fácticos nucleares que definen el tipo objetivo por el que se decretó el procesamiento"*.

Añade la misma STS que no se trata de un problema de tutela judicial efectiva, ni siquiera de indefensión formal o material, pues la prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto de procesamiento es una nota definitoria del sistema, dado que la cuestión no reside en si el procesado pudo o no defenderse, sino en proclamar que nunca debió haber sido acusado. Ello no significa que no puedan introducirse modificaciones fácticas en relación a detalles o a aspectos secundarios, puesto que solo está vedada la inclusión novedosa en el escrito de acusación de hechos esenciales (como en el presente caso unos abusos sexuales a otra persona no recogida en el procesamiento), debido a que el efecto limitador del auto de procesamiento se circunscribe a los hechos nucleares y a las personas procesadas, sin vinculación con la calificación jurídica que haya efectuado el instructor.

En el presente caso es cierto que en la declaración indagatoria del procesado (folios 387 y 388) se le hicieron preguntas acerca de hechos no contenidos en el auto de procesamiento, pues parece que de forma automática, sin filtro por parte del Juez instructor, se le realizaron las preguntas contenidas en una lista aportada por la acusación particular (folios 385 y 386 de la causa), pero ese exceso en el interrogatorio es intrascendente porque la declaración indagatoria está estrictamente vinculada al procesamiento que supone un acto de imputación formal efectuado por el Juez en el que se exterioriza un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador del ámbito objeto y subjetivo del proceso y que se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas procesadas. Como se dice en la citada STS 133/2018 la interpretación contraria carecería de sentido, puesto que el objeto procesal no es libre para las acusaciones debido a que en nuestro sistema el Juez controla aquello que va a ser materia de enjuiciamiento penal tanto para evitar acusaciones sorpresivas, como para delimitar los aspectos fácticos de las imputaciones, sin poder olvidar que conforme a lo dispuesto en el art. 384, sexto párrafo LECr el control judicial se realiza a través del recurso de reforma



contra la denegación del procesamiento, petición que caso de ser desestimada podría reproducirse en la fase intermedia ante la Audiencia Provincial en el momento del traslado previsto en el art. 627 LECr.

La acusación particular no pidió la ampliación del procesamiento por los hechos relativos al menor Gaspar, por lo que no existió pronunciamiento denegándolo susceptible de recurso, de lo que se colige que aceptó los términos del repetido auto.

Consecuentemente, Alberto no pudo ser acusado por hechos no incluidos en el auto de procesamiento y esa fue la razón para excluir del enjuiciamiento la parte del escrito de la acusación particular relativa a hechos y delito en los que aparece como sujeto pasivo Gaspar.

1.4.- Apartamiento como parte procesal de Susana y subrogación en su posición de Otilia.

La decisión anterior tuvo una lógica consecuencia en la fijación de las partes procesales en el juicio oral, pues al no ser objeto de enjuiciamiento los hechos relacionados con el menor de edad Gaspar, su madre Susana ya no podía ostentar su representación en el juicio para acusar al padre.

Además, tampoco podía continuar Susana ostentando la representación de su hija Otilia debido a que esta en el momento del juicio había alcanzando la mayoría de edad, por lo que mostrando Otilia su voluntad acusadora, se subrogó en la posición procesal que hasta entonces había tenido su madre, convirtiéndose en acusadora particular en su propio nombre.

1.5.- Admisión de dos testificales propuestas por la acusación particular en el turno de intervenciones previas y admisión de la pericial médica/psicológica propuesta por la defensa, limitada a una parte del informe aportado con el escrito de defensa.

En cuanto a la admisión de la prueba testifical propuesta por la acusación particular en el turno de intervenciones es preciso efectuar una motivación más exhaustiva de nuestra decisión, teniendo en cuenta que la representación del acusado, tras la admisión de la testifical en la primera sesión del juicio oral, presentó un escrito solicitando incidente de nulidad por la admisión de tales testificales, que por aplicación de lo dispuesto en el art. 241.1 LOPJ fue inadmitido a trámite por providencia de fecha 5 de marzo de 2019 (anterior a las dos siguientes sesiones del juicio oral que se desarrollaron los días 19 y 20 de marzo de 2019).

El día 10 de diciembre de 2018 -anterior al día de inicio de la primera sesión del juicio- la representación de la acusación particular presentó un escrito proponiendo la testifical de la psiquiatra Brigida para que ratificara el informe de fecha 7 de junio de 2016 del Servicio especializado del DIRECCION004 que obra al folio 309 de la causa (el referido escrito obra a los folios 301 y 302 del Rollo de Sala). Por diligencia de ordenación del mismo día se acordó dar traslado del escrito a las partes.

Dado que al día siguiente (11 de diciembre de 2018) estaba señalada la primera sesión del juicio se pospuso el proveído del escrito y la decisión acerca de la admisión de la prueba a ese momento.

Además, en el turno de intervenciones previas al juicio oral, la acusación particular aclaró que la testigo propuesta no era médico psiquiatra, sino psicóloga y propuso otra psicóloga, Claudia, relacionada con el mismo informe obrante a los folios citados en el escrito antes referido.

El Mº Fiscal no se opuso a la admisión de la testifical; la defensa del acusado se opuso básicamente por considerarla extemporánea y porque su admisión le causaba indefensión.

Decidimos en el aquel momento la admisión de la prueba testifical propuesta por la acusación particular por aplicación de la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo que no solo permite en el procedimiento ordinario la apertura de un turno de intervenciones previas, sino también la proposición por las partes de nueva prueba y, por lo tanto, su admisión en ese momento para su práctica en el juicio oral.

Es cierto que en el proceso ordinario la LECr solo permite la proposición de prueba por las partes a través de la petición en el escrito de calificación y de las listas de testigos y peritos que se acompañen (art. 650 y 656 LECr); y también que el art. 728 LECr determina que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas, con las excepciones previstas en el art. 729 LECr.

Ahora bien, desde hace tiempo la citada regulación no ha sido entendida como una prohibición absoluta de proposición de prueba al margen del escrito de calificación, puesto que el principio de preclusión que rige las exigencias temporales del proceso penal no tiene un fin en sí mismo, sino que tiene una naturaleza instrumental para permitir la ordenación de las distintas fases con pleno respeto a los principios de igualdad y prohibición de la indefensión (Vid. STS 912/2016, de 1 de diciembre).



Una consolidada Jurisprudencia acepta la posibilidad de proponer y admitir prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional y con anterioridad al comienzo del juicio oral (siempre que esa prueba no constituya obstáculo al principio de contradicción y al de igualdad de partes), atendiendo a la posibilidad admitida en el Procedimiento Abreviado de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del juicio oral en el marco del turno de intervenciones que le precede - art. 786 LECr- (STS 1060/2006, de 11 de octubre, con cita de la STS 13/12/96).

La apertura de un turno de intervenciones previo al juicio oral en el proceso ordinario (que solo está previsto en la LECr para el Procedimiento Abreviado) está también admitida por la Jurisprudencia basándose en el principio de unidad del ordenamiento, en el mandato constitucional de oralidad - art. 120.3 CE- que se realiza con mayor amplitud en la audiencia preliminar y en que si se acepta la audiencia preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, debe aceptarse también que en el ámbito de dicho acto se puede proponer nueva prueba (STS 94/2007, de 14 de febrero citada en la STS 912/2016)); habiendo significado la STS 29/9/98 que las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones del juicio aún permiten a las demás partes un efectivo uso de la contradicción, porque no solo pueden interrogar a los testigos, peritos etc... sino incluso proponer otras que las desvirtúen.

La admisión de la prueba testifical propuesta por la acusación particular en el turno de intervenciones no causó indefensión alguna al acusado, porque la razón que opuso su Abogada para la admisión de la prueba, consistente en que desconocía totalmente lo que podrían declarar las testigos y ello le impedía preparar adecuadamente la defensa, no es admisible debido a que se le dio traslado del escrito presentado por la acusación particular el día 10 de diciembre de 2018 en el que relacionaba la testifical de Brigida con el documento obrante al folio 309 de la causa, que si bien se trataba de un documento emitido por el "Servei d'Intervenció Especialitzada DIRECCION004 " que contiene una simple rúbrica sin identificar la persona que la efectuó, la acusación particular la relacionó con la testigo Brigida y mas específicamente con Claudia que también propuso como testigo en el turno de intervenciones.

Lo que si entendimos admisible desde el punto defensivo fue que al ignorarse la identidad del profesional que firmó el documento obrante a los folios 308 y 309 de la causa, la Abogada defensora pudo haberlo considerado inocuo como prueba de cargo y pudo, por lo tanto, no abordar un profundo estudio de tal documento para ejercitar la adecuada defensa del procesado; y por esa razón se suspendió el juicio oral (que debió señalarse para los días 19 y 20 de marzo de 2019) para que pudiera preparar el interrogatorio de las repetidas testigos e, incluso, como se le dijo expresamente en el acto, para que pudiera proponer, si así lo considerara, una contraprueba antes del inicio de las pospuestas sesiones del juicio.

En cuanto a la admisión parcial de la pericial médica/psicológica propuesta por la defensa del procesado en el turno de intervenciones.

Inadmitimos inicialmente (auto de admisión de pruebas) la pericial médico/psicológica propuesta por la defensa en su escrito de conclusiones provisionales porque el informe que acompañó para sostenerla (firmado por el médico Pablo y la psicóloga Alejandra) superaba los límites de una pericial dado que los citados peritos efectuaban una valoración de las diligencias sumariales practicadas, concretamente de la declaración sumarial de Otilia , para concluir implícitamente que aquella carecía de credibilidad (mediante escrito presentado antes del juicio -folio 301 y 302 del Rollo de Sala- la defensa efectuó protesta por la inadmisión íntegra de tal prueba, protestando también en el turno de intervenciones previas y alegando en el informe que se vulneró su derecho de defensa).

La valoración de la credibilidad de un testigo solo le corresponde al Tribunal, porque el análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes (STS 17/2017 de 20 de enero).

Ahora bien, en el turno de intervenciones la defensa del procesado (reiterando su protesta por la inadmisión de la prueba) reconvirtió su inicial petición y solicitó de nuevo la pericial médico/psicológica, pero centrada en la parte inicial del informe relativa a los rasgos psicológicos del acusado; por ello, ante la nueva y limitada propuesta de la prueba pericial, se admitió de esa forma y así se practicó en el juicio.

1.6.- Decisión de no visionar en el juicio oral la grabación de la exploración preconstituida del menor Gaspar , protestada por la defensa del acusado.

Como ya hemos expuesto anteriormente, en la fase de diligencias previas se investigaron unos posibles abusos sexuales a Gaspar y por ello se exploró al menor el día 9 de octubre de 2015 a través de los psicólogos del AET Penal, practicándose la diligencia en presencia del entonces investigado y de todas las partes, grabándose la exploración y preconstituyéndose como prueba.



Tanto el Ministerio Fiscal, como la acusación particular y la defensa del acusado propusieron entre la prueba testifical "la exploración del menor Gaspar " y a la vez como prueba documental el visionado de la exploración del menor (preconstituida).

Tal forma de proceder de las partes parecía mas bien que dejaban a criterio del Tribunal la opción entre acordar la práctica de la exploración del menor en el juicio oral como prueba testifical o bien practicarla como documental mediante el visionado de la grabación de la exploración sumarial preconstituida.

Atendiendo a que el enjuiciamiento no podía versar sobre hechos relacionados con el menor, a que la exploración preconstituida se centró principalmente en las conductas de las que él pudo haber sido víctima y a que Gaspar (nacido el día NUM003 de 2001) está próximo a alcanzar la mayoría de edad, decidimos convocarlo para ser explorado en el plenario dado que las preguntas que se le podrían formular debían quedar circunscritas a los hechos enjuiciados (abusos sexuales a su hermana Otilia) y no a los que a él pudieran haberle afectado.

La práctica de la exploración de Gaspar en el juicio impedía, o por lo menos hacía totalmente inútil, el visionado de la grabación de su exploración sumarial, no solo porque en aras de la protección de su intimidad no era procedente reproducir su declaración en relación a hechos por los que no se seguía el procedimiento, sino, fundamentalmente, porque el art. 730 LECr permite reproducir las diligencias practicadas en el sumario, concretamente en el caso de los menores las practicadas conforme a lo dispuesto en el art. 448 LECr, cuando se haya decidido que el menor no comparezca al juicio por varias razones, entre las que se encuentra la evitación de una revictimización secundaria.

Por ello, no se trataba de un tema de admisión de la prueba documental propuesta por las partes, sino de utilidad, puesto que el Tribunal no podía quedar encorsetado por una previa admisión formal de una prueba documental (propuesta de forma ambivalente por las partes dado que también pidieron la exploración del menor en el juicio), cuando su práctica como prueba preconstituida no era necesaria al haber prestado el menor declaración en el juicio oral; siendo esa la razón para denegar el visionado de la exploración preconstituida de Gaspar pretendido por la defensa del acusado.

SEGUNDO: Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal a menor de trece años y con prevalimiento del art. 182.1 y 2 en relación con los arts. 181. 1 y 2 y 180.1, 4º CP en la redacción dada por LO 11/1999 y 74 CP en la redacción dada por LO 15/2003, mas favorable que el vigente art. 183 CP (tanto en su redacción dada por la LO 1/15, como por la LO 5/10).

Por otra parte, no son constitutivos del delito de agresión sexual con acceso carnal de los art. 180.1, 3º y 4º y 180.2 en relación a los arts. 178 y 179 CP (redacción dada por LO 11/1999) por el que también se formuló acusación, al no haber quedado probado (como se dirá) que el acusado hubiera dicho a la menor que la pegaría si no abría la boca para introducirle el pene en la cavidad bucal (aunque hemos considerado probado que le introdujo el pene en la boca, sin utilizar la intimidación).

El Mº Fiscal y la acusación particular imputan, en esencia, al acusado varios hechos cometidos en los años 2005 y 2006 contra su hijastra Otilia , de ocho años de edad, consistentes en tocamientos de contenido sexual en varias ocasiones, haberla penetrado vaginalmente en varias ocasiones, haberla penetrado analmente una sola vez y haberle introducido en una ocasión el pene en la boca, con la advertencia de que si no abría la boca le pegaría.

A través de la prueba practicada en el juicio han quedado probados gran parte de los hechos imputados por las acusaciones, recogiéndose en el *factum* de la presente sentencia una mínima secuencia temporal a partir de un primer hecho y algunos datos periféricos, que tan solo suponen matices y precisiones acreditados en el juicio oral y que respetan íntegramente el núcleo de la imputación fáctica recogida en los escritos de acusación.

Respecto del marco circunstancial familiar ha sido admitido tanto por el acusado, como por su expareja Susana (y resto de testigos que componía el círculo familiar) que Alberto y Susana iniciaron una relación sentimental en el verano del año 2000, conviviendo a partir del mes de septiembre de ese año en una vivienda sita en la localidad de DIRECCION002 , junto con la hija de la mujer fruto de otra relación, Otilia , nacida el día NUM002 de 1997, que en el aquel momento tenía dos años y medio de edad. Ha quedado probado también que pareja tuvo un hijo común, Gaspar , nacido el día NUM003 de 2001.

Por otra parte, tanto Alberto como Susana manifestaron que ambos trabajaban en DIRECCION005 , pero en turnos distintos, lo que llevó a que durante la jornada laboral de uno (la mujer normalmente tenía el turno de tarde), el otro se quedaba al cuidado de los menores, ejerciendo Alberto el rol de padre no solo de su hijo Gaspar , sino también de Otilia , quien a pesar de tener un régimen de visitas con su progenitor, consideraba a Alberto como un padre.



Partiendo de este marco circunstancial, el acusado negó radicalmente los hechos de carácter sexual con su hijastra imputados por las acusaciones. Concretamente dijo que los hechos imputados no son ciertos, que nunca ha tenido juegos sexuales con la niña, que había hablado de "sexualidad" con Otilia, cuando tenía 16 o 17 años, que la madre no estaba porque no le gustaba hablar de estos temas; que en su casa nunca se cerraba la puerta del lavabo, que se entraba aunque alguno se estuviera duchando; que un día Otilia se estaba duchando, le aclaró el pelo, le vio las ingles enrojecidas y le puso crema, podría tener la niña entonces 5, 6, 7 u 8 años; que no ha habido ninguna conducta que se pudiera malinterpretar; que cuando la niña tenía ocho años no hablaba de sexo con ella; que no se explica la denuncia; que la niña era mentirosilla; que después de separarse de su mujer la relación con Otilia fue normal, que incluso se llevó de viaje a los dos niños a varios lugares y aunque le costó dinero llevarse también a Otilia lo hizo encantado porque ella quería; que en 2013 tuvo que intermediar entre la madre y ella cuando empezó la relación con su novio Jenaro, que la madre se enfadó cuando descubrió un lubricante en el cajón de Otilia, que madre e hija nunca se llevaron bien; que siempre que estaba con Otilia estaba su hijo Gaspar; que en 2005 la niña fue al psicólogo y le dieron el alta en 2007; que Otilia se relacionaba normalmente con él, que le hizo algún regalo, le felicitaba por San José, le mandaba mensajes por las noches; que cuando la denuncia Susana le dijo que no creía a Otilia porque era mentirosa y que el colegio le dijo que o denunciaba ella o denunciaba el colegio, pero que le apoyaba a él al 120% si era verdad.

Para valorar la versión exculpatoria del acusado no podemos atender a la pericial psiquiátrica/psicológica practicada a instancia de la defensa debido a que, en buena medida, las conclusiones de los peritos desbordaron los límites de una prueba pericial.

Se dice en la parte del informe aportado con el escrito de defensa atinente a la psicología del acusado que tiene sus capacidades psíquicas intactas, que no padece trastornos de personalidad y que no tiene alteraciones en la esfera sexual; pero también se dice que no cumple criterios propios del típico abusador sexual.

En el juicio oral los peritos Pablo (médico psiquiatra) y Alejandra (psicóloga) ratificaron el informe, añadiendo que no vieron el perfil de agresor sexual porque le practicaron el test de PAI (que dijeron que era el único o por lo menos el más reconocido en materia psicológica) y que si hubiera sido agresor sexual le hubieran salido desvíos en algunos factores y no le salieron; y, además, que respecto del valor del grado de mentira tampoco había ningún desvío, afirmando que con base a ese test lo que decía (negación de los hechos imputados) se ajustaba a la realidad, que a nivel clínico no había nada que se apartara de la realidad, que si mintiera todos los factores hubieran salido elevados y no le salió ninguno (le salieron incluso más bajos).

La opinión de los peritos psicólogos respecto de la veracidad de la versión ofrecida por el acusado, al margen del respeto que merece en el plano de la psicología al no discutirse sus conocimientos especializados, carece de trascendencia en el proceso penal no solo porque los mismos peritos concluyeron en su informe y dijeron expresamente en el plenario que sus opiniones son en "términos probabilísticos", sino, fundamentalmente, porque quedaría totalmente desvirtuado el proceso penal si se atendiera a una opinión psicológica de veracidad de las manifestaciones del acusado, que ni está obligado a decir verdad, ni siquiera a prestar declaración en el juicio.

En efecto, ya hemos dicho en el anterior fundamento que el análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de los intervinientes en un juicio le compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes (STS 17/2017 de 20 de enero), por lo que en ese análisis la función judicial no puede ser sustituida por periciales emitidas por especialistas que tan solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto, pero no sobre el comportamiento en un caso concreto. No son admisibles, por lo tanto, las periciales psicológicas sobre "veracidad" de un testigo o del acusado y, por ello, a ese efecto su práctica es de aceptación excepcional (como coadyuvante) en relación con los testigos que vienen obligados a decir verdad e innecesaria respecto del acusado que no está obligado a decir verdad y respecto al que incluso son improcedentes las exhortaciones a hacerlo (Vid. STS 28/2008 de 16 de enero).

Consecuentemente, la versión ofrecida por el acusado solo la podemos considerar en sus propios términos meramente exculpatorios, pues no es él quien tiene que probar su inocencia, sino que la carga de probar los hechos delictivos que se le imputan le corresponde a las acusaciones.

TERCERO: En el plenario se practicó suficiente prueba de cargo para acreditar la mayor parte de los hechos imputados por las acusaciones.

La única prueba directa con la que hemos contado ha sido la testifical practicada en el juicio oral de Otilia, que cuenta en la actualidad con 21 años de edad y relató episodios que habían ocurrido cuando tenía aproximadamente 8 años (en los años 2005-2006).



La valoración de la prueba cuando se trata de delitos contra la indemnidad sexual de los menores entraña gran dificultad porque, en palabras del Tribunal Supremo, *"Se trata de acciones de inequívoco significado lascivo que se ejecutan sobre menores cuyo silencio, facilitado por la falta de conciencia del sujeto pasivo acerca de su propia victimización, se logra mediante un mensaje coactivo que, en no pocas ocasiones, logra asegurar la impunidad. Ese hecho constituye un perturbador punto de partida al que se enfrenta cualquier órgano jurisdiccional que asume el desafío intelectual de exteriorizar las razones por las que considera al acusado autor de un delito de esa naturaleza..."* (STS 736/2017, de 15 de noviembre).

En el presente caso la dificultad todavía es mayor porque la menor reveló lo que le había sucedido cuando estaba próxima a la mayoría de edad (transcurridos nueve o diez años desde los hechos) y, por lo tanto, ya no pudo contarse con elementos o vestigios físicos relevantes que pudieran apoyar sus manifestaciones (solo lo había contado anteriormente de forma vaga y sin detalles a menores de su entorno).

La tardanza en revelar los hechos no supuso un hecho insólito, sino mas bien al contrario, pues la experiencia demuestra que es relativamente frecuente que cuando un menor se ve sometido a ataques sexuales por parte de un miembro de su estrecho círculo familiar silencie lo que le está ocurriendo por diversas razones, entre las que se encuentran la desorientación por no comprender realmente el alcance de lo que esta viviendo, la vergüenza, el temor al rechazo, la soledad e incluso el miedo a desestructurar una familia. Y aún mas, tampoco es infrecuente que el menor que sufre los abusos mantenga una relación aparentemente cordial con su pariente agresor, sin levantar sospechas en el resto de la familia.

Otilia , tras manifestar que convivió con el acusado desde que tenía dos años y medio hasta algo antes de la denuncia y que consideraba a Alberto como un padre, dijo que se interpuso la denuncia el día 24 de marzo de 2015 porque estaba siguiendo una sesiones con la psicopedagoga del colegio debido a que se autolesionaba y la remitió la tutora; que cuando le contó a la psicopedagoga cosas que le hacían daño "explotó" y se lo dijo. Añadió que ellos trabajaban en distintos turnos en DIRECCION005 y por eso su hermano y ella se quedaban solos con él.

En ese momento Otilia entró en una crisis de llanto y cuando el Mº Fiscal le preguntó por sus recuerdos, expuso llorosa y de forma precipitada que su primer recuerdo era que estaba en el comedor con su hermano, encerró al niño en el comedor, a ella la puso en la cama de la habitación, le bajó los pantalones, la cama eran literas con ruedas, puso la litera al lado de la pared, le bajó los pantalones y era bucal, le chupaba, tocamientos con la mano y su miembro, también se lo hacía anal, que fueron varios días, que el primer día tocamientos con la mano, otras veces dejaba a su hermano en la bañera y aprovechaba esa situación y si tenía picores.

En ese momento advertimos que Otilia estaba excesivamente nerviosa y afectada, por lo que acordamos suspender la declaración durante unos minutos para procurar que se tranquilizara, siendo llevada a una dependencia para testigos por las dos funcionarias del servicio de apoyo a la víctima que ya la habían acompañado previamente, donde permaneció incomunicada.

Cuando se reanudó la práctica de la testifical, Otilia estaba mas tranquila y declaró, en síntesis, que en la primera ocasión estaba con su hermano viendo la televisión, dejó a su hermano en el comedor y a ella le llevó a la habitación, le puso en dirección a la pared, le puso un nórdico, le bajó los pantalones y notó como le chupaba la vagina y tocamientos con los dedos. Hubo mas veces. Las que puede recordar, dejaba a su hermano en la bañera y le hacía eso. Siempre en la habitación, una vez fue en la habitación de su madre y ahí no hubo tocamientos, le dijo que se tumbara, que cerrara los ojos, que no los abriera, pero ella los abrió, le dijo que abriera la boca y le introdujo el pene, a ella le dio asco y su reacción fue decir "qué asco", él se rió y se fue a limpiar. Que lo de la boca solo fue una vez. Hubo penetración anal, que lo intentó y le hizo sangre, que se tumbó en la cama de su hermano y la puso encima de él, le dijo que estuviera tranquila y le hizo sangre. Lo vaginal era restregar y intentar porque ella se quejaba de dolor, le chupaba y con los dedos. No sabe cuantas veces pasó, se producía cuando salía de la ducha, cuando le picaba, se quejaba de las braguitas..., no sabía si era malo o bueno, luego por conversaciones con amigas tuvo la percepción que no estaba bien lo que le hacía. Tenía 8 años, era en cuarto de primaria, que respecto del tiempo recuerda que le ponía el nórdico con jirafas y un pijama cortito de Hannah Montana y otros episodios en que no tenía nórdico, solo sábana, un día le dijo que no quería, le dijo que se pusiera si o si, la tapó con la sábana, ese día le chupaba a ella, que lo que mas le hacía era chuparla y tocarla con los dedos porque lo otro le hacía daño, que cuando comenzó a salirle el vello púbico su mente ya no recuerda mas.

Es necesario desgranar los puntos clave de su declaración dado que, al responder sucesivamente a las preguntas que le formularon las partes, aportó datos relevantes entremezclados.

Con respecto a las penetraciones, a lo largo de su declaración (en respuesta a las concretas preguntas que se formularon) Otilia fue dando mas detalles, precisando que hubo una penetración anal y que la lesionó porque le salió sangre; que no llegó a conseguir completamente la penetración vaginal porque le hacía daño, que el



pene entero nunca se lo introdujo por el daño que le hacía, que notaba algo que usaba en la penetración que ella llamaba "guante" y luego se enteró que era un preservativo, que cuando intentaba meterle el pene usaba preservativo y que cuando se lo restregaba no lo usaba. Que también le metía los dedos. Que siempre bajaba la persiana o la dejaba por la mitad y encendía la luz, que a ella la tapaba, que no veía si eyaculaba, pero se notaba muy húmeda, no sabe si era saliva o semen, aunque ahora cree que eyaculaba porque a veces usaba preservativo y otra veces no, que cuando usaba preservativo también se sentía húmeda no sabe si por la saliva o por el "liquidillo" del preservativo. Respecto de la penetración bucal aportó un dato diferenciador, pues ese hecho no se produjo en la habitación de los menores, sino que ese día la llevó a la habitación de su madre, le dijo que cerrara los ojos, que abriera la boca y le introdujo el pene.

Describió también las posturas cuando la penetraba. Dijo que para la penetración vaginal la subía un poco poniéndole los pies en el hueco de la litera para subir a la superior y él estaba de pie. Que el día de la penetración anal él se estiró en la cama de su hermano, la puso a ella encima de él y fue el día en el que le salió sangre, aunque no pudo precisar más de la postura.

En cuanto a la fijación temporal de los hechos, precisó que recuerda que estaba en cuarto de primaria (3º o 4º) y por eso sabe que tenía ocho años; que duró tiempo porque unas veces tenía el edredón de las jirafas, por lo que era invierno, y recuerda otras veces que solo tenía la sábana y debía ser en verano. Añadió que cuando hacía sexto ya no pasaba, que desde que empezaron a salirle "pelitos" ya no recuerda ningún acto más.

Por lo que se refiere a las personas a las que relató los hechos, precisó que durante el tiempo en que pasó no lo comentó con nadie. Que cuando cursaba ESO se lo contó sin detalle a su amiga Teodora, le dijo que le hacía cosas el padre de su hermano y Teodora no le preguntó nada más. Que a su madre no le comentó nada, que no tenía mucha relación con ella porque siempre trabajaba, que ella se lo contaba todo a su tía, pero esto no porque es un tema tabú. Que cuando empezó a salir con Jenaro era su primer novio y sintió lo que era que alguien la quisiera, que pensaba que estaría con él toda la vida y tuvo la necesidad que supiera el episodio que tuvo en su infancia, le dijo que tenía un trauma porque le hizo lo que se hacía a las niñas pequeñas, él le preguntó lo que le hacía, pero no se lo dijo. Que cuando se lo contó a Teodora ella le dijo que se lo contará a su madre y lo mismo le dijo Jenaro, pero ella les dijo a los dos que no lo contarán, que nadie se tenía que enterar. Que a su amiga Rafaela no recuerda habérselo contado.

Añadió que el día que estaban ella y su hermano de vacaciones con su tía Estela, su hermano dijo algo a su tía de que el acusado les hacía cosas y ella intervino cortándole, que sonó el Bob Esponja en el hotel y aprovechó para cantar en el balcón desviando la conversación. Y que un día su tía Estela le preguntó que si les hacía algo y ello contestó que no, que se lo volvió a insinuar y le dijo también que no.

Es relevante lo que dijo respecto del momento de la revelación (en marzo de 2015) y como se enteró su madre. Dijo que su madre se enteró porque le avisaron del colegio, que al principio su madre no le creía, que le dijeron que "¿cómo iba a mentir en eso?", su madre parece que habló con él y fueron a denunciar. Especificó que se autolesionaba antes de acudir a la psicopedagoga del colegio, que tenía peleas en casa, con su pareja, problemas en el colegio, con los estudios, rompió con su novio, que su cabeza ya no podía más con lo de la infancia; que en las sesiones con la psicopedagoga el primer día explotó, que le contó todo, los problemas que tenía en casa y los recuerdos de lo que le hacía el padre de su hermano, las cosas sexuales; desde que lo dijo fue cogiendo fuerza y se fue convenciendo de decirlo a su madre, siguió con la pedagoga para coger fuerza para ello.

Respecto de su comportamiento con el acusado manifestó que continuó conviviendo con él, que la relación era buena, su mente hizo que lo había olvidado, aunque por dentro lo sentía; aparentaba que quería estar con él, pero ella tenía rechazo; no le hizo ningún comentario a él cuando ya era más mayor; no tenía confianza para hablar con él de sexo, le daba vergüenza, pero él le preguntaba por cosas de sexo a ella y a su amiga Rafaela que tenía mucha relación con la familia. Que él le había dicho que si lo contaba a su madre les iba a hacer daño, le dijo que se ganaría su confianza y sentía miedo. La relación era que él intentaba ser un padre y tenían una relación cordial. Que después de todo eso, fueron de vacaciones con él, que a su padre biológico lo veía cada quince días, que no le obligaban a ir con su padrastro, pero su madre se fue con sus amigas y acordaron que Alberto se fuera con los dos niños de viaje. Que a veces iban en el coche con él su amiga Rafaela y ella, él se ofrecía a ir a buscarlas. Que le regaló unos calzoncillos para Reyes que compró en los chinos con el dinero que le dio él, que el día 19 de marzo antes de la denuncia le felicitó por su santo.

CUARTO: Ya hemos expuesto la dificultad probatoria en los supuestos de delitos contra la indemnidad sexual de los menores, al ser frecuente que sólo se cuente con la declaración de la persona que aparece como víctima debido a la intimidad y clandestinidad en la que se ejecutan los hechos, pero ello no es óbice para que con base a esa testifical, aunque sea única, pueda enervarse la presunción de inocencia del acusado.



Una consolidada Jurisprudencia establece unos parámetros para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la testifical prestada por quien aparece como víctima de los hechos enjuiciados, que sin constituir requisitos necesarios para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues caso de no concurrir ninguno de ellos la prueba sería insuficiente.

Tales parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación, que constituyen la garantía del derecho a la presunción de inocencia cuando nos encontramos con una única prueba que procede, además, de la parte denunciante, pues la superación de esos criterios permite llegar a una convicción racional ausente de duda. Ello no significa que la deficiencia en uno de los parámetros invalide la testifical, ni que los tres parámetros deben concurrir unidos, puesto que la debilidad de alguno puede ser compensada por el reforzamiento de otro, suponiendo, en definitiva, una llamada de atención para efectuar un filtro más cuidadoso en la función valorativa (Vid. SSTs 553/2014 de fecha 30 de junio y 938/2016, de 15 de diciembre, entre otras muchas).

El primer parámetro de valoración es la ausencia de incredibilidad subjetiva.

La falta de credibilidad subjetiva del testigo puede derivar de sus características físicas o psíquicas que sin anular el testimonio lo debiliten (p.e. minusvalías sensoriales o psíquicas, debilidad mental, trastorno...) o de la existencia de móviles espurios en función de relaciones anteriores con el acusado como el odio, la venganza, la enemistad, u otras razones de las que se infiriera un interés de cualquier índole (Vid. STS 553/2014).

En el presente caso, Otilia es una mujer mayor de edad (21 años) en la que no apreciamos ninguna alteración psicológica significativa, puesto que aunque no se haya practicado una específica pericial a tal efecto, de los informes obrantes en la causa y de la testifical de los psicólogos que la atendieron en diversos momentos posteriores a los hechos, no se infiere que padezca alteraciones de la percepción o patología psiquiátrica fabuladora, por lo que entendemos que tuvo plena aptitud para efectuar un relato de los hechos vividos.

La segunda perspectiva a los efectos de la comprobación de la credibilidad subjetiva consistente en el análisis de posibles motivaciones espurias, lo que exige un examen del entorno personal en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la persona que aparece como víctima en el proceso.

En el presente caso, descartamos totalmente el móvil espurio porque no podemos obviar que la denuncia interpuesta por la madre de Otilia (dada su minoría de edad en aquel momento) no se debió a una revelación que le hubiera proporcionada espontáneamente la menor, sino al conocimiento que obtuvo a través de la singular y obligada intervención protocolaria del centro escolar en que la menor cursaba sus estudios.

Otilia no comentó lo que estaba viviendo o lo que había vivido a ningún adulto de su entorno (es más se lo negó a su tía Estela cuando fue preguntada ante las sospechas de aquella por una manifestación velada de su hermano), pues la primera vez que refirió los hechos a un adulto fue durante las sesiones con la psicopedagoga del Instituto DIRECCION003 a la que fue derivada por la ansiedad que advirtió su tutora.

De ello se colige que Otilia cuando "explotó" (según sus propias palabras) y contó que había sufrido abusos sexuales en su infancia por parte de su padrastro, lo hizo en un marco de confidencialidad con una profesional que lo que intentaba era conocer las causas y paliar la ansiedad que la menor manifestaba.

Es evidente, como explicó la testigo Caridad, directora del Instituto DIRECCION003, que cuando se detecta una situación de abuso sexual a un menor en un centro escolar debe aplicarse el correspondiente protocolo, emitir un informe y ponerlo en conocimiento de la Fiscalía (el informe obra a los folios 20 a 24 de la causa). Pero lo que no podemos presumir es que Otilia conociera que la psicopedagoga tuviera la obligación de actuar de esa manera tras su revelación que, insistimos, se produjo en un marco de total confidencialidad durante las sesiones de ayuda.

Y ello es así no solo porque Otilia manifestó que no quería que se enterara su madre, sino por la declaración que prestó en el juicio Encarnación (psicopedagoga) pues, tras decir que era la orientadora educativa del centro y que Otilia fue derivada por su tutora, manifestó que efectuó una previa anamnesis familiar y su trabajo era escucharla para pasar a una técnica proyectiva y de diálogo; que le dijo que tenía dificultades para dormir, comer y que inicialmente siguió el protocolo normal; que lo habitual era que fuera cada semana o cada quince días y Otilia al principio hablaba de problemas de adolescente (su novio, amigos), pero un día se derrumbó y relató episodios de pequeña, con alguna frase que luego explicó; que al principio hablaba de la relación con el papá de su hermano, decía que la había protegido y que le hacía de padre; que esas manifestaciones no le hicieron sospechar de nada, pero más adelante empezó a decir que mandaba a su hermano a la ducha, que a ella le tapaba con la sábana en otra habitación y tenía que tener relación con él, pero que lo hacía desde el "cariño", que lo explicaba más bien desde esa perspectiva y no desde el abuso, pero concretó que la chupaba, que la tocaba, que de penetraciones no habló, que le preguntó si pasó una vez o más y lo mezclaba con que era amor y con su novio, que explicaba que fue cuando tenía 7 u 8 años pero de forma



difusa, que tenía dificultades para poner palabras a sus emociones, como si tuviera que tapanlo. Añadió que ella le dijo que tenía que hablarlo con su madre y Otilia se asustó, no quería que eso saliera del entorno entre las dos y partiendo profesionalmente de la confidencialidad trabajó para que Otilia saliera de ese entorno y se lo dijera a su madre, que Otilia estaba hermética y no quería sacarlo de entre ellas, pero al final le dijo que si no se lo decía a su madre tendría que intervenir ella; la fue preparando para el encuentro con su madre, organizaron una reunión en el centro y se lo contó.

De ello se colige que Otilia no quería que se supiera lo que le había hecho Alberto en la infancia, pues su madre interpuso la denuncia cuando conoció los hechos por la intervención del centro escolar (así lo manifestó también Susana), por lo que no se advierte que la declaración de Otilia en el juicio respondiera a móvil espurio alguno.

Por otra parte, su revelación inicial y sus declaraciones posteriores no pudieron responder a ningún móvil subrepticio al no advertirse la ventaja que pudiera proporcionarle unas acusaciones tan graves contra el acusado si no hubieran sido ciertas, teniendo en cuenta que Alberto no es su padre, que cuando manifestó los hechos ya no era el marido de su madre, que ya no convivía con él y que ella, por estar en la edad adolescente (17 años), ni siquiera estaba estrictamente sometida a una rutina familiar que él pudiera dirigir, puesto que aunque el acusado acudía habitualmente a la vivienda, ella ya llevaba una vida mas independiente derivada de la relación con su novio Jenaro. Además, tampoco apreciamos que Alberto hubiera impuesto a la menor una educación rígida que le hubiera podido llevar a un sentimiento de venganza, pues ella misma reconoció que no se llevaba mal con él y que los problemas por el tema de su novio se producían mas bien con su madre (cuando le encontró el lubricante) al tener una visión mas estricta acerca de las relaciones sexuales entre los adolescentes.

QUINTO: El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima (credibilidad objetiva) consiste en el análisis de la verosimilitud de su testimonio, que debe basarse tanto en la lógica de la declaración (coherencia interna), como en la corroboración de su versión por datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa).

En el presente caso, se dieron ambas coherencias.

Se dio la *coherencia interna* porque Otilia no incurrió en contradicciones, efectuando un relato descriptivo con abundantes detalles periféricos.

No podemos obviar que el relato se centró en la evocación de recuerdos de la infancia que venían a su memoria, hasta el punto, como ya hemos dicho, que inició su declaración evidenciando una gran emoción tras preguntarle el Mº Fiscal acerca de lo que recordaba, mostrándose llorosa y presa de una gran perturbación, vertiendo de forma precipitada y conjunta los hechos vividos, sin secuencia temporal. Ello nos llevó suspender momentáneamente la declaración con la finalidad de que se tranquilizara y respondiera ordenadamente a las preguntas que se le podrían formular.

Cuando se reanudó la declaración se mostró mucho mas tranquila, respondiendo a las preguntas que sucesivamente le hicieron las partes, aportando mayores detalles según avanzaba el interrogatorio.

Advertimos sinceridad en sus manifestaciones por la forma segura de expresarse, la emoción que transmitía e incluso el lenguaje gestual que acompañó a sus respuestas. Hay que tener en cuenta que su relato respondía a evocaciones de hechos vividos en la infancia, por lo que fue plenamente admisible que no pudiera fijar los hechos temporalmente, sino tan solo de forma aproximada, pues recordaba que el primer episodio ocurrió en 4º (referente temporal fundamental en la infancia) y precisó que por eso pudo saber que tenía aproximadamente ocho años; respecto del tiempo de duración y final de la comisión de los hechos dio unos referentes plenamente admisibles, como fueron que unas veces recordaba que le tapaba con el edredón que tenía jirafas y otras que la tapaba con la sábana, por lo que se produjeron en invierno y en verano, refiriéndose incluso al pijama "cortito" de Hannah Montana. Dijo también que cuando cursaba sexto ya no pasaba y que a partir de que le salieron "pelitos" ya no tiene mas recuerdo de que le hiciera eso.

Fue también plenamente admisible que no determinara la secuencia ordenada de los hechos y que recordara con mayor nitidez el primero, del que hizo una descripción rica en detalles, como que estaban viendo la televisión, que dejó a su hermano en el salón, que la llevó a la habitación en la que dormía con su hermano en dos literas; describió incluso gestualmente como retiró la litera de abajo con ruedas en la que dormía su hermano y como la apoyó en la pared, que la tumbó, le bajó los pantalones, le tocó y le chupó los genitales.

Es totalmente lógico que se disipe el recuerdo secuencial de un menor sometido durante tiempo a actos de contenido sexual con penetraciones diversas y que ese recuerdo venga íntimamente unido al dolor y al asco.



Así recordó y manifestó que respecto a la vagina unas veces le restregaba el pene y otras se lo intentaba meter, pero no podía hacerlo completamente porque le hacía daño (se lo introducía parcialmente); refirió que unas veces se ponía algo que ella notaba cuando la penetraba que pensó que era un guante, aunque supo después que era un preservativo, diciendo que unas veces no se ponía preservativo, cuando restregaba el pene, y otras sí, cuando la intentaba penetrar y le hacía daño.

Carecería de sentido que respecto de las penetraciones anales y bucales dijera que solo fue una vez cada una, si esos hechos no hubieran sido ciertos. Respecto de la penetración anal aportó un detalle absolutamente coherente, como fue que sangró; y respecto de la penetración bucal resaltó que le dio asco, que se lo dijo, que él se rio y se fue a limpiar.

Dijo que siempre se sentía húmeda, que no sabía si se debía al semen porque lo que más le hacía era chuparla, aunque ahora creía que eyaculaba, pero que podría ser por la saliva o por la lubricación del preservativo (utilizó la expresión "liquidillo").

En la declaración que prestó no se extrajeron visos de un discurso aprendido, sino del recuerdo de hechos vividos que afloraban a su mente, pues el relato estuvo plagado de detalles absolutamente lógicos en el plano de la evocación de la infancia, como el estampado del edredón con el que la tapaba (las jirafas), el pijama que vestía, la sábana con la que la tapaba otras veces, el "guante" que notaba, el dolor cuando la penetraba, la sangre cuando la penetró analmente e incluso el asco que sintió cuando le metió el pene en la boca. Por ello, no hay atisbo alguno que permita encontrar en el relato de Otilia una motivación distinta a la propia realidad de los hechos.

Además y por lo que respecta a la *coherencia externa*, existen elementos que refuerzan la credibilidad.

Ya hemos expuesto que Otilia no contó a nadie lo que estaba viviendo durante el tiempo en que se produjeron los hechos, pero afirmó que después se lo dijo a su amiga Teodora (cuando cursaba ESO) y a su novio Jenaro, sin darles detalles y que ambos le dijeron que se lo contara a su madre.

Esas manifestaciones han venido avaladas por la testifical practicada por cuanto Teodora declaró que son amigas desde el parvulario, que desde la ESO tuvieron más amistad; que hace 6 o 7 años veía un poco mal a Otilia y se lo explicó un día que estaba mal y llorando; le contó que le venían recuerdos de abusos que le hacía cuando era pequeña en la habitación, que no le concretó más, que ella le preguntaba lo que le hacía, pero evadía las preguntas, nunca se lo podía sonsacar; que Otilia no quería contárselo a su madre porque no quería hacerle daño y en ese momento ella fue su apoyo.

Su ex novio Jenaro, declaró en el juicio que Otilia solo le dijo que pasó, pero no le explicó como; que él la notaba mal, que tenía algo que sacar, le dijo que no lo podía contar; lo que le dijo fue que su padrastro había abusado de ella cuando era más pequeña, pero no le contó los hechos concretos; que Otilia lloró y él le dijo que lo explicase.

Ambos testigos no solo corroboran lo que dijo Otilia, sino que coinciden entre sí en la parquedad del relato de aquella, es decir que no contó detalles y que no se lo quería contar a su madre, pese a que ellos se lo recomendaron.

Otilia no dijo que se lo hubiera contado a su amiga Rafaela, pero esta (Rafaela) dijo en el juicio que se lo había contado de pequeña y Otilia no lo recordaba; que se lo contó en primaria, en 3º o 5º en el comedor del patio, le dijo que le violaba su padre, no entendió bien aunque sabía más o menos lo que era; que posteriormente, de mayores, no lo explicaba, pero la veía mal, se autolesionaba, un día le dijo que tenía un secreto y ella le contestó "lo de tu padre" y ella le dijo que como lo sabía; no le explicó detalles.

Es decir la testigo Rafaela también coincide con los anteriores en que Otilia, pese a contar que su padrastro había abusado de ella, no especificó, no les dio detalles de los actos sufridos.

Es muy importante también el dato que aportó su tía Estela pues corrobora la afirmación de Otilia relativa a que un día cuando estaban de vacaciones, su hermano dijo algo, pero ella no dejó que contara nada. Así, Estela, tras referir un episodio en que ella y su pareja se fueron un fin de semana con Gaspar y este hizo un comentario de algo sexual, declaró en lo que aquí interesa que en unos días de vacaciones en los que estaba ella con sus dos sobrinos, Gaspar dijo que "a veces el papá nos dice que hagamos cosas" y en ese momento Otilia le dijo al niño "no" con la cabeza, no le dio más atención porque había una actuación de Bob Esponja (como dijo Otilia) y se diluyó todo, que cuando ella le repreguntó al niño, este desvió el tema y dijo que les decía que le pintaran las uñas.

Gaspar fue explorado en el juicio oral, decidiendo declarar después de ser informado de la dispensa de declarar en el juicio seguido contra su padre (art. 416.1 LECr), pero no aportó ningún dato relevante porque dijo que no recordaba haberle dicho nada a su tía Estela, que no recordaba haber ido con su tía ni a DIRECCION006 ni



a DIRECCION007 , lo que es admisible debido a la corta edad que podía tener en el aquel momento. Añadió que no había visto nada raro de su padre con su hermana, que no recordaba que la vigilara cuando se duchaba o que la buscara.

Susana , madre de Otilia , tras manifestar como tuvo conocimiento de los hechos (en el colegio de la forma expuesta), declaró que tiempo atrás su hermana en una salida que hicieron con ella sus hijos (Otilia tendría unos 9 años), le comentó que los niños dijeron que él les hacía hacer cosas, que ella entonces prestó mas atención, pero tenía turnos diferentes. Esta declaración corrobora lo manifestado por Estela Otilia , siendo lógico que aunque la madre se hubiera puesto vigilante no hubiera notado nada porque posiblemente ya había finalizado la realización de actos sexuales sobre Otilia . Destacó en su declaración que Otilia se cambiaba en el baño y cerraba la habitación, lo que avala periféricamente la declaración de aquella pues también refirió que había optado por cambiarse en el baño y no en la habitación para evitarlo; también dijo que Otilia a veces no quería ver al acusado, pero ella pensó que era mejor que el padre se quedara al cuidado de los hijos que una "canguro" y que le permitió que viajara con los niños para que no perdiera el contacto con ellos. Dijo también que la niña de pequeña estaba muy nerviosa, cerrada y rebelde, que la llevaron al psicólogo y le dieron el alta.

Todos esos testigos, pese a ser de referencia, respaldan la veracidad del relato de Otilia y lo hacen coherente, porque tales testimonios evidencian un elemento común como es que en las escasas veces que Otilia reveló lo que le había ocurrido lo hizo en el marco de la mas absoluta confidencialidad, como un secreto que no podía conocerse y en situaciones especiales, pues a su amiga Teodora se lo dijo cuando estaba con el ánimo muy bajo (a su amiga Rafaela también); a su novio porque al pensar que iba a ser su pareja durante toda su vida debía saber el episodio de su infancia; y a la psicopedagoga durante las sesiones que mantuvo con ella por la ansiedad que presentaba.

Además, aunque no se practicó un pericial de corte psicológico relativa a Otilia , testificaron varios psicólogos que en uno u otro momento posterior a la denuncia, exploraron a Otilia y coincidieron en que la menor respondía al perfil de "abusada", pues así lo manifestó Jose Enrique (educador social del Ayuntamiento de DIRECCION002); Brigida (psicóloga clínica del SIE del DIRECCION004) que dijo que ella fue la que transmitió la información para la realización del informe obrante a los folios 306 a 309 tras tener sesiones con Otilia desde mayo a noviembre de 2015, manifestando en el juicio que concluyó que el abuso sexual era probable porque se detectó miedo, culpa y ambivalencia en relación al padrastro; y Claudia (psicóloga del SIE del DIRECCION004) que dijo que tuvo sesiones con Otilia a partir de enero de 2016 hasta septiembre de 2018, que fue ella la que elaboró el informe obrante a los folios 306 a 309 y que el relato de Otilia era compatible con el abuso sexual por la ansiedad, el miedo a las consecuencias para su madre y hermano, la angustia y la culpabilidad, precisando que los menores abusados tienen lagunas de memoria y que a veces evocan recuerdos cuando tienen las primeras relaciones con sus parejas (depuso también como testigo el psicólogo Abelardo del CSMIJ de DIRECCION000 que ratificó el informe de alta obrante al folio 323 en el que consta que la menor, que había iniciado las sesiones en enero de 2015, también explicó la situación de abuso sexual, pero de su contenido se desprende que fue después de la denuncia pues fue derivada a la UFAM).

No resta coherencia a Otilia que durante y después de los hechos mantuviera una relación familiar aparentemente normal con Alberto (lo manifestó también la hermana del acusado, Erica), puesto que como hemos dicho anteriormente no es infrecuente que el menor que sufre abusos sexuales se comporte así cuando su agresor pertenece a su círculo familiar (en este caso su padrastro con el que convivía), máxime en el presente caso en el que se detectó que quería mantener los hechos en secreto (coincidieron en ello sus amigos infantiles y la psicopedagoga del colegio) y tenía gran preocupación y miedo, como dijo la testigo Claudia , por las consecuencias que el conocimiento de los hechos pudieran producir en su madre y sobre todo en su hermano (hijo biológico de Alberto).

SEXO: Por último y en lo referente al tercer parámetro valorativo, la declaración de Otilia ha sido persistente a lo largo del procedimiento, puesto que desde el momento de la denuncia ha mantenido esencialmente la misma versión que dio en el juicio.

Desde el momento de la denuncia relató que el acusado la tocó y chupó la vagina, la penetración bucal y la anal; es cierto que manifestó mas adelante en el juzgado que existieron penetraciones vaginales (no completas), pero eso no afecta a su credibilidad, pues debe tenerse en cuenta que los actos sexuales perduraron en el tiempo y que, como dijo la testigo Sra. Claudia , el menor va evocando recuerdos, por lo que las variaciones en matices o descripción mas detallada de lo que vivió durante el periodo de tiempo en que sufrió los ataques sexuales no puede entenderse como contradicciones esenciales en su relato.

Tampoco constituye una contradicción esencial que Otilia situara el primer episodio cuando cursaba cuarto de primaria y que en la fase sumarial se hubiera referido al tercer curso, porque la evocación temporal era



aproximada, pues atendiendo a la edad que tenía entonces no se puede exigir la fijación exacta de los hechos en el tiempo.

Consecuentemente, damos total credibilidad a Otilia en el conjunto de su relato y consideramos que su declaración ha sido suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del acusado, por lo que llegamos a la rotunda convicción de que los hechos se produjeron de la forma expuesta en el *factum* de esta resolución.

SÉPTIMO: Lo único que no ha quedado probado es que el acusado hubiera utilizado la intimidación para la penetración bucal.

Las dos acusaciones imputan de forma idéntica que estando el acusado y la menor en la habitación de la madre, aquel mandó a la niña que cerrara los ojos y abriera la boca "bajo la advertencia de que en caso contrario le pegaría" para acto seguido introducir el pene en la boca de la menor.

Es decir, las acusaciones consideran que hubo intimidación en la acción de la penetración bucal a la menor, calificando esos hechos como delito de agresión sexual de forma desgajada de los abusos sexuales continuados por los que también formulan acusación.

Hemos considerado probado que efectivamente el acusado le dijo a la niña que cerrara los ojos y que abriera la boca para introducirle a continuación el pene en la cavidad bucal, pero no se ha practicado ninguna prueba que nos permitiera concluir que la menor abrió la boca porque el acusado le dijo que la iba a pegar. Otilia no lo declaró en el juicio, pues nada dijo en relación a la advertencia imputada, solo manifestó que le dio asco, que le dijo "qué asco", que él se rio y se fue a limpiar, por lo que al no existir ninguna prueba al respecto no ha quedado acreditado que le dijera que si no abría la boca la iba a pegar como elemento intimidatorio para vencer su resistencia.

Otilia manifestó en el juicio de forma general que él le dijo que si lo contaba a su madre les iba a hacer daño, que se ganaría su confianza y que sentía miedo, pero ese hecho, al margen de que no estuvo imputado por las acusaciones y que, además, la testigo no lo relacionó específicamente con la penetración bucal, fue posterior a la perpetración de los actos sexuales y no sirvió para vencer la resistencia de la menor en un concreto ataque sexual (la penetración bucal), sino que el mensaje coactivo fue emitido por el acusado para lograr el silencio de la niña y procurar así su impunidad.

Por lo tanto, al no acreditarse la intimidación, la penetración bucal es uno de los actos sexuales contra la menor integrantes del delito continuado de abuso sexual al que mas adelante nos referiremos; y por ello procede absolver al acusado del delito de agresión sexual de los arts. 180.1, 3º y 4º, 182.2 en relación con los arts. 178 y 179 CP (redacción LO 11/99) por el que se formuló acusación de forma independiente.

OCTAVO: Como hemos ya adelantado, los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal del art. 182.1 y 2 en relación con los arts. 181.1 y 2, 180.1, 4º CP en la redacción dada por LO 11/1999 y 74 CP en la redacción dada por LO 15/2003 que estaba vigente en la fecha de los hechos (2005 y 2006) y que es mas favorable que el vigente art. 183 CP tanto por la redacción dada por LO 1/15 como por la anterior dada por LO 5/10.

En las acciones del procesado descritas en el *factum* se dieron todos los elementos configuradores del delito continuado de abuso sexual a menor de trece años con acceso carnal y prevalimiento.

En efecto, con base a lo dispuesto en el 181.2 CP (redacción dada por LO 11/99) se presume la falta de consentimiento de Otilia atendiendo a su corta edad -8 años-.

Según reiterada Jurisprudencia (STS 547/2016, de 22 de junio y STS 853/2014, de 10 de diciembre, entre otras), en la actualidad ya no se exige el ánimo libidinoso en los delitos de abusos sexuales porque lo relevante es que el acto sexual objetivamente considerado constituya un acto atentatorio contra la indemnidad sexual, con independencia del móvil que tenga el autor de la acción, puesto que el móvil no forma parte del tipo penal.

Lo que se incluye en el tipo es la acción que objetivamente analizada evidencia con claridad y mas allá de toda duda razonable un ataque a la indemnidad sexual, que en el caso de los menores debe entenderse como el derecho a no verse involucrados en un contexto sexual por el riesgo que ello puede tener para la formación y desarrollo de su personalidad, siendo una manifestación de la protección de la dignidad de la persona y del derecho al correcto desarrollo de la sexualidad sin una intervención forzada, traumática o solapada en la esfera íntima del menor (Vid. SSTS 87/2011, de 9 de febrero y 345/2018, de 11 de julio).

Desde esta perspectiva, está claro que las acciones del acusado descritas en los hechos probados (tocar y chupar los genitales de la menor, restregar su pene por los genitales de la niña, introducirle parcialmente el pene en la vagina, penetrarla analmente y penetrarla bucalmente) contempladas objetivamente, con independencia



del móvil que hubiera tenido el acusado para la ejecución de sus actos, constituyeron un ataque a la indemnidad sexual de Otilia .

Sin embargo y a mayor abundamiento debemos hacer mención a dos sentencias del TS, en las que parece que el Alto Tribunal retoma la clásica estructura del tipo y exige la concurrencia del elemento subjetivo para su configuración, pues como se dice en la ya citada STS 345/2018, a propósito del delito del vigente art. 183.1 CP, *"El tipo penal del abuso sexual, por todas la sentencia 612/2016, de 8 julio , se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo, de contacto corporal, puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto. De otra parte, el subjetivo o tendencial que se incorpora a la sentencia con la expresión del ánimo, o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.*

En idéntico sentido se expresa la STS 396/2018, de 26 de julio a propósito del abuso sexual a mayores de dieciséis años del art. 181 CP.

La reciente Jurisprudencia expuesta, nos obliga a pronunciarnos acerca de la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, que consiste en la actuación del sujeto activo con ánimo de obtener satisfacción sexual.

De las propias características de los actos de alto contenido sexual descritos en los hechos probados y analizados en anteriores fundamentos se infiere, sin duda, que el acusado actuó con un claro ánimo de propia satisfacción sexual (ánimo libidinoso), pues no pudo ser otra la finalidad que presidió su actuación.

NOVENO: Los hechos probados deben subsumirse en el tipo agravado del art. 182, 1 y 2 CP porque existió el acceso carnal por vía bucal, anal y vaginal y concurre la circunstancia 4ª del art. 180.1 CP.

No existe duda alguna respecto del *acceso carnal* por vía bucal y anal, puesto que el acusado introdujo una vez el pene en la cavidad bucal de la niña y otra vez la penetró analmente.

También se produjo el acceso carnal por vía vaginal, aunque el acusado no introdujera completamente el pene en la vagina de la niña, sino solo parcialmente. Una consolidada Jurisprudencia entiende que el acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas, sino normativas, por lo que no es necesario la introducción completa del pene para la consumación de la penetración, pues de lo que se trata es de comprobar el momento en que ya se ha agredido de forma decisiva la intimidad de la víctima representada por las cavidades de su propio cuerpo, siendo, por ello, indudable que una penetración parcial es suficiente para la existencia del acceso carnal al invadir el ámbito de su intimidad. (Vid. STS 456/1994, de 7 de marzo, entre otras muchas)

Además, concurre la agravación específica de *prevalimiento* prevista en el ordinal 4º del art. 180.1 CP al que se remite el art. 182. 2 CP, al ser el acusado ascendiente por afinidad de la víctima.

En términos generales el prevalimiento debe entenderse como cualquier estado o situación de la que el autor no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación (STS 542/2013, de 20 de mayo y STS 855/2015, de 23 de noviembre); y concretamente en el prevalimiento por el parentesco la superioridad proviene del posicionamiento del autor en el núcleo familiar respecto de la víctima menor de trece años (en este caso).

En el supuesto enjuiciado se dio el prevalimiento, por cuanto para la realización de la sucesión de hechos de naturaleza sexual el acusado se valió de la superioridad sobre la niña que le proporcionaba su estatus familiar, debido a que por ser hija de su compañera sentimental (esposa) convivía con la menor desde que contaba dos años y medio de edad, asumiendo *de facto* el rol de padre en el grupo familiar (en el que estaba integrado también el hijo común que tuvo con la madre de Otilia) y ejerciendo autoridad sobre ella en el ámbito de las relaciones de confianza propias de todo núcleo familiar, aprovechándose conscientemente de la facilidad que le proporcionaba el ejercicio de la función de cuidador de los niños (derivada de su posición de padre) para perpetrar los actos sexuales contra su hijastra.

DÉCIMO: Por último, habiendo quedado probado que en numerosas ocasiones el acusado cometió los actos contra la indemnidad sexual de la menor, se dio la continuidad delictiva.

El art. 74 del C.P. alude a la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, que se lleven a cabo en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, debiendo apreciarse el delito continuado cuando se de una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes .



Son requisitos imprescindibles para la continuidad delictiva: 1) que la víctima sea la misma persona; 2) que se de no solo el dolo y el plan de ejecución unitarios, sino también una semejanza comisiva en cuanto a las circunstancias de lugar y ocasión que caracterizan las diversas acciones; y 3) en cuanto a la naturaleza temporal que no se produzcan importantes censuras o soluciones de continuidad dilatadas entre los distintos hechos o grupos de ellos que integren la continuidad (Vid. STS 573/2017, de 18 de julio).

En el presente supuesto el sujeto pasivo fue el mismo (la menor Otilia), el procesado actuó en ejecución de un plan aprovechando idénticas ocasiones de lugar y posicionamiento familiar, cometiendo los variados actos de naturaleza sexual contra la menor de forma sistemática en ocasiones cercanas durante un periodo de tiempo que se prolongó alrededor de un año o dos (cuando la niña tenía aproximadamente 8 años en fechas indeterminadas de 2005 y 2006), por lo que por aplicación de lo dispuesto en el art. 74.1 y 3 CP debe apreciarse la continuidad delictiva.

UNDÉCIMO: Del referido delito continuado de abuso sexual con acceso carnal a menor de trece años y con prevalimiento es responsable criminalmente en concepto de autor, a tenor del art. 28,1 del C.P., Alberto por las razones expuestas en los anteriores fundamentos, al haber sido la persona que abusó sexualmente de la hija de su compañera sentimental con la que convivía familiarmente.

DUODÉCIMO: No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Al apreciarse la continuidad delictiva en el tipo agravado de abusos sexuales del art. 182.1 CP (acceso carnal y prevalimiento), por aplicación de lo dispuesto en el art. 74 CP la pena prevista (de cuatro a diez años de prisión), debe imponerse en su mitad superior, que da una resultante de 7 años y 1 día a 10 años de prisión. A su vez, por imperativo del ordinal 2 del art. 182 CP, esa primera resultante debe imponerse en su mitad superior, que por aplicación del art. 70.2 CP al no poderse dividir la fracción del día, da una resultante final de 8 años, 6 meses y 1 día a 10 años de prisión.

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 66.1 6º CP consideramos adecuado imponer al acusado la pena individualizada de 9 años de prisión solicitada por las acusaciones, atendiendo al número de acciones que integran la continuidad delictiva, que aunque no hayan podido determinarse con exactitud, podemos afirmar que fueron bastantes debido a que su perpetración se prolongó, por lo menos, durante un año.

Preceptivamente, procede imponer, además, la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por aquel tiempo (art. 56 CP).

Además, tratándose de un delito contra la libertad sexual y siendo Otilia la hija de la compañera sentimental del acusado, por imperativo del art. 57,2 del C.P. -con remisión al art. 48,2 del C.P.-, procede imponerle la pena accesoria de prohibición de aproximación a menos de 300 metros a Otilia, a su domicilio, al centro escolar o lugar de trabajo en su caso u otro por ella frecuentado por un tiempo de 10 años; le imponemos igualmente la pena accesoria de prohibición de comunicación con la misma por igual tiempo, por considerar que dada la naturaleza de los hechos cometidos, tal prohibición es indispensable para la íntegra protección de la víctima.

Consideramos adecuada la distancia de 300 metros como radio de la prohibición de aproximación, debido a que fue la que se determinó en el auto de fecha 28 de marzo de 2015 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000, mediante el que se otorgó Orden de Protección y se adoptaron las medidas cautelares (folios 78 a 81) y ha demostrado su eficacia protectora al no constar incumplimientos de aquellas medidas.

DÉCIMOTERCERO: Conforme a lo dispuesto en los arts. 109 y s.s. del C.P. el acusado debe responder civilmente por el daño moral causado a Otilia.

El Mº Fiscal solicita por ese concepto una indemnización de 30.000€ y la acusación particular 120.000€.

No se ha practicado una pericial psicológica de la que pudiera desprenderse que Otilia padeció o padece una afectación psicológica significativa atribuible exclusivamente a los abusos sexuales. Pero la ausencia lesiva no afecta a la existencia de daño moral, que evidentemente ha sufrido como consecuencia de los hechos de los que fue víctima, pues surge de la propia significación del delito y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital, sin más parámetros para la evaluación de su alcance que la gravedad de la acción, la importancia del bien jurídico protegido y las circunstancias singulares que en ella concurrían. Por otra parte, el daño moral no requiere estar especificado en los hechos probados cuando emana de manera directa y natural del relato histórico, pues a través de él se puede constatar el sufrimiento, que supone un sentimiento susceptible de valoración pecuniaria (Vis. STS 377/2018, de 23 de julio).

En el presente supuesto es evidente que los hechos declarados probados provocaron un sufrimiento a Otilia, pues implicaron un ataque a su dignidad y un daño moral indemnizable porque se vio sometida a actos de abuso sexual por parte de quien asumía el rol de padre en el seno de la convivencia familiar, por ser la pareja sentimental de su madre.



Es imposible evaluar en términos monetarios el sufrimiento de la niña como consecuencia de los hechos cometidos por el acusado, pues no es sencilla la identificación de unas bases indemnizatorias cuando no se puede disponer de una prueba que permitiera efectuar una cuantificación económica del daño. No obstante, consideramos que el indudable daño moral sufrido por Otilia como consecuencia de los hechos puede ser reparado con la cantidad de 30.000€ solicitada por el Mº Fiscal (inferior a la solicitada por la acusación particular) y que entendemos proporcionada a los efectos reparadores.

Por ello, debemos condenar al acusado como responsable civil a indemnizar a Otilia en la referida cantidad.

DÉCIMO CUARTO: El art. 239 de la L.E.Cr. establece la necesidad de que las sentencias resuelvan sobre el pago de las costas procesales.

Dado que se condena al acusado por uno de los delitos objeto de acusación y se le absuelve por el otro, conforme a lo dispuesto en el art. 123 del C.P. debe ser condenado al pago de la mitad de las costas procesales, declarando de oficio la otra mitad.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 124 del C.P. en las referidas costas a las que se condena al acusado quedan incluidas las devengadas por la actuación de la acusación particular a pesar de no haber solicitado expresamente su inclusión (solo se pidió la imposición de costas), porque se trata de un delito de abuso sexual que sólo es perseguible a instancia de parte según dispone el art. 191.1 del C.P., habiendo sido por ello necesaria la denuncia de la persona que en aquel momento ostentaba la representación legal de Otilia, debido a su minoría de edad.

En el tema de la imposición al condenado de las costas de la acusación particular venimos siguiendo en esta Sección el criterio que se basa en el principio de rogación (Vid. STS 847/2017, de 21 de diciembre), pero no es preciso interesar la condena en costas para que el Tribunal las imponga en el supuesto del condenado al ser preceptivas - art. 123 CP-, así como tampoco las de la acusación particular en los delitos perseguibles a instancia de parte por igual razón - art. 124 CP- (ATS de 22 de marzo de 2012, con cita de la STS 1571/2003, de 25 de noviembre).

Consecuentemente, al condenar al acusado por un delito perseguible a instancia de parte, en todo caso procede y en la proporción correspondiente, la inclusión en las costas de las devengadas por la acusación particular conforme dispone el art. 124 del CP.

DÉCIMO QUINTO: Al recaer sentencia condenatoria procede prorrogar las medidas cautelares adoptadas por auto de fecha 28 de marzo de 2015, mediante el que se otorgó a Orden de Protección a favor de Otilia, durante la tramitación del eventual recurso que pudiera interponerse contra esta sentencia y hasta que, caso de confirmarse o ganar firmeza la presente resolución, el acusado sea requerido para el cumplimiento como penas de las prohibiciones de aproximación y comunicación respecto de aquella.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación, por la potestad que la Constitución y la Ley nos confiere y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

: Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a Alberto como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal a menor de trece años con prevalimiento ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **NUEVE AÑOS DE PRISIÓN**, con las penas accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por ese tiempo, prohibición de aproximación a menos de 300 metros a Otilia, a su domicilio, centro escolar o lugar de trabajo en su caso u otro lugar por ella frecuentado por tiempo de diez años; así como la de prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio por el mismo tiempo; pago de la mitad de las costas procesales incluidas la mitad de las devengadas por la actuación de la acusación particular y a que como responsable civil indemnice a Otilia en la cantidad de TREINTA MIL EUROS (30.000€). Y que debemos **ABSOLVERLE** y le **ABSOLVEMOS** del delito de agresión sexual por el que también se le acusaba, declarando de oficio la otra mitad de las costas procesales.

Se prorrogan las medidas cautelares adoptadas por auto de fecha 28 de marzo de 2015 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000 durante la tramitación del eventual recurso que pudiera interponerse contra esta sentencia y hasta que, caso de confirmarse o ganar firmeza la presente resolución, el acusado sea requerido para el cumplimiento como penas de las prohibiciones de aproximación y comunicación respecto de Otilia

Notifíquese esta Sentencia al Mº Fiscal y resto de las partes personadas y hágaseles saber que contra la misma puede interponer recurso extraordinario de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma



que habrá de prepararse ante este mismo órgano jurisdiccional en el término de cinco días a partir de la fecha de notificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN : La anterior Sentencia fue leída y publicada en el día 24 de abril de 2019 por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, constituida en Audiencia Pública en la Sala de Vistas de esta Sección ; de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia certifico y doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ