



Roj: **SAP B 16563/2019 - ECLI: ES:APB:2019:16563**

Id Cendoj: **08019370102019100784**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **18/12/2019**

Nº de Recurso: **95/2018**

Nº de Resolución: **878/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA INMACULADA VACAS MARQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN 10ª

Rollo de Sala núm. 95/2018

Diligencias Previas nº 1679/2017

Juzgado de Instrucción núm. 3 de DIRECCION000

S E N T E N C I A Nº 878/2019

Ilmas Magistradas:

Sra. MARIA VANESA RIVA ANIES

Sra. INMACULADA VACAS MARQUEZ

Sra. AURORA FIGUERAS IZQUIERDO

En Barcelona, a 18 de diciembre de 2019

VISTOS, en juicio oral y público ante la SECCION DECIMA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, los presentes autos seguidos por un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años contra **Demetrio**, mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 de 1962, en Barcelona, con DNI nº NUM001 y sin antecedentes penales, representado por el Procurador Sr Juan Ferrer Massanas y asistido del Letrado Sr Angel Bretón Majadas, siendo parte acusadora el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido Ponente la Magistrada Sra. Inmaculada Vacas Márquez, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa fue turnada para su enjuiciamiento a esta Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que fue registrada con el número antes reseñado, designándose Magistrada ponente y admitiéndose las pruebas propuestas por las acusaciones y la defensa, y señalándose la fecha para el comienzo de las sesiones del Juicio Oral que tuvo lugar el día 10 de diciembre de 2019, con la presencia del acusado y demás partes procesales que constan en el acta de grabación del juicio, documentada a través del Sistema Arconte.

SEGUNDO.- Abierta la sesión del acto del juicio, y conocidas por el acusado las peticiones de la acusación y la defensa, se resolvieron las cuestiones previas planteadas por el Ministerio Fiscal y la defensa, en la forma que se indica en el fundamento jurídico primero de esta resolución.

Tras ello se practicó la prueba propuesta y admitida, con el resultado que obra en el correspondiente soporte de grabación audiovisual.



TERCERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual del art. 183.1, 183.4 apartado d) y 74 del CP, del que consideraba autor al acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando para éste la pena de seis años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. De conformidad con el art. 192.1 del CP solicitó se le impusiera al acusado la pena de libertad vigilada por tiempo de tres años a ejecutar con posterioridad a la pena de prisión que se le imponga, y de conformidad con el art. 192.3 del CP se le imponga la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 4 años superior a la pena de prisión que se le imponga. Y de conformidad con el art. 57 del CP se le imponga la prohibición de aproximación a la persona de Hortensia a una distancia inferior a 1000 metros así como a su domicilio y lugar de trabajo y prohibición de comunicarse con ella por tiempo superior en un año a la pena de prisión que se le imponga, más las costas del art. 123 del CP. Sin responsabilidad civil.

CUARTO.- La defensa elevó a definitivas sus conclusiones provisionales y solicitó se dictase sentencia absolutoria para su defendido.

Tras los informes finales de las partes, y la concesión del trámite de última palabra al acusado, del que el mismo no hizo uso, quedaron los autos conclusos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Resulta probado que Demetrio, mayor de edad, con DNI nº NUM001 y sin antecedentes penales, se encontraba durante la celebración de la Nochevieja del año 2015 a 2016 en su domicilio sito en la CALLE000 nº NUM002 de la localidad de DIRECCION000 junto a su familia, cuando se aproximó a su sobrina Hortensia, de 14 años de edad en ese momento, y le dio un beso en la boca en presencia de todos los asistentes a la celebración.

Con posterioridad, con ocasión de la fiesta mayor que se celebraba en la localidad de DIRECCION001 en el mes de agosto de 2016, encontrándose el acusado junto a su sobrina Hortensia en el agua, con ánimo lascivo, le tocó los pechos y la vulva por encima de la ropa en reiteradas ocasiones, mientras la acarizaba de arriba abajo y le pedía que le diera un beso en la boca bajo el agua.

Durante el periodo comprendido entre estos dos episodios, el acusado intentó dar un beso a su sobrina Hortensia, lo que no consiguió porque esta giraba la cara, sin que conste acreditado que hubiera habido otros tocamientos en los pechos o en las zonas íntimas de la menor.

La legal representante de la menor no reclama indemnización por estos hechos.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS.

En trámite de cuestiones previas por el Ministerio Fiscal se solicitó que la declaración de la menor Hortensia se realiza sin confrontación visual con el acusado, conforme a las previsiones de la LECRIM y el Estatuto de la Víctima. Petición a la que no hubo oposición por la defensa, acordando la Sala de conformidad a lo interesado, realizándose la declaración de la menor con uso de biombo que evitaba su confrontación visual con el acusado, conforme a lo dispuesto en el art. 707 de la LECRIM y art. 25.2 a) del Estatuto de la Víctima.

Por su parte la defensa instó la nulidad de las actuaciones por indefensión conforme a lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ, al haberse practicado todas las diligencias de instrucción, salvo la declaración de su defendido, sin la presencia del letrado de la defensa, y por tanto, sin poder ser sometidas a contradicción, con vulneración del art. 118 de la LECRIM. Asimismo fundaba la petición de nulidad en el hecho de que la declaración de la menor no se hubiera realizado como prueba preconstituída, con intervención del Equipo de Expertos adscrito al juzgado, y preservando el derecho de defensa y contradicción del acusado. Razones por las que solicitaba la declaración de nulidad de todas las declaraciones testificales practicadas en sede instructora, con retroacción de las actuaciones a fin de que se realicen las testificales y la exploración de la menor en la forma establecida en el art. 433 de la LECRIM, y con presencia de la defensa.

El Ministerio fiscal se opuso a la declaración de nulidad interesada por la defensa, y la Sala desestimó la petición al considerar que no se había producido vulneración de normas procedimentales que hubieran generado indefensión a la parte. De este modo analizadas las actuaciones consta que las mismas fueron incoadas por auto de fecha 8 de noviembre de 2017, en el cual se acuerda recibir declaración a las partes, así



como librar oficio al Colegio de Abogados a fin de que se designase un profesional que ejerciera la defensa del investigado, lo cual se verificó el día 16 de noviembre de 2017, momento desde el cual pudo tener acceso a las actuaciones, y cuando aún no se habían realizado las declaraciones de las partes señaladas para el día 4 de diciembre de 2017. Y siendo así que el Letrado de la defensa ni tan quiera se personó a la declaración de su defendido señalada para el día 12 de diciembre de 2017, pese a que el oficio ya indicaba la fecha de la declaración, lo que motivó su suspensión, debiendo ser nuevamente señalada para el día 26 de febrero de 2017, a la que acudió la Letrada Montserrat Fernández Creus en sustitución de su compañero D. Angel Breton Majadas.

Y asimismo, tras recibirse declaración al investigado, tampoco instó la defensa del acusado la nulidad de actuaciones al no haber intervenido en las declaraciones testificales, ni solicitó que se realizaran nuevamente a su presencia, ni tampoco recurrió el auto de acomodación procedimental, momento en que pudo haber hecho valer la indefensión que ahora proclama, y que la Sala no advierte, por cuanto como indica la STS de 1 de febrero de 2019, siendo Ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar, y que recoge la doctrina del TC, el mismo ha indicado reiteradamente que *" el recurrente olvida la doctrina del TC, coincidente en realidad con la de todos los tribunales ordinarios, sobre la proscripción de la indefensión y las consecuencias de una lesión constitucionalmente relevante. La tesis jurisprudencial es conocida y conlleva que no quepa un pronunciamiento de nulidad por tal motivo cuando la privación de los derechos de defensa resulta debida o deviene imputable a la propia parte que no utilizó los medios legales dispuestos al efecto. Sirva entre otras muchas, de ejemplo la STS nº 8701/2012, de 5 de diciembre : "el contenido de la indefensión con relevancia constitucional queda circunscrito a los casos en que la misma sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, de interés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas SSTC 109/2002, de 6 de mayo , 141/2005, de 6 de junio y 160/2009, de 29 de junio)" .*

Consiguientemente, las críticas de la defensa no pueden ser acogidas pues ninguna indefensión surge cuando la defensa, personada con anterioridad a la fecha en que se practicaron las declaraciones sumariales, declinó comparecer incluso a la de su propio defendido, lo que motivó la suspensión de esta, y asimismo declinó no solamente instar la nulidad de dichas declaraciones testificales, sino también instar la repetición de las mismas o incluso impugnar el auto de acomodación procedimental. Y teniendo en cuenta que dichas declaraciones han sido practicadas en el plenario, sujetas al principio de inmediación y contradicción, ninguna indefensión se ha ocasionado a la defensa.

Y en lo que respecta a la impugnación sobre la forma en que se llevó a cabo la exploración judicial de la menor, y el hecho de que la misma no se realizara como prueba preconstituída conforme a lo dispuesto en el art. 433 de la LECRIM, teniendo en cuenta que la declaración de la menor se ha realizado en el plenario, sometida la misma a los principios de inmediación y contradicción, ninguna vulneración generadora de indefensión puede apreciarse en dicha declaración.

Ciertamente como ya indicaba el Auto del Tribunal Supremo de fecha 20 de junio de 2019, siendo Ponente D. Manuel Marchena, en un supuesto idéntico al que ahora plantea la defensa, y en el que la exploración de la menor se realizó en el plenario y no como prueba preconstituída, ninguna causa generadora de indefensión puede apreciarse por tal motivo. Así dispone la indicada resolución *" Respecto a la primera cuestión, no se percibe irregularidad alguna por el hecho de que la exploración de la menor fuera realizada, mediante videoconferencia, de manera simultánea a la celebración del juicio oral, para evitar la confrontación personal o visual de la menor con el acusado, dando cumplimiento al artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ("la declaración de testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba) y a la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996 y al Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015).*

Por otra parte, la doctrina de esta Sala acerca de los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se plantea la cuestión relativa a la declaración en el proceso de menores víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexual, en atención a la necesidad de preservar su integridad psíquica sin perjudicar los derechos de defensa del acusado, se condensa en la STS 598/2015, de 14 de octubre . Una doctrina que tiene como punto de partida la necesidad de respetar el derecho de defensa, como paradigma del sistema de garantías (SSTS 71/2015 de 4 de febrero o la 632/2014 de 14 de octubre), pero que es permeable a que el proceso contemple medidas y actuaciones encaminadas a dispensar una adecuada protección a las víctimas, particularmente cuando son menores de edad y, más singularmente, si se trata de delitos que atentan a su indemnidad sexual. De ahí que ninguna objeción se plantea por el hecho de que los menores se vean asistidos de expertos en su declaración, porque lo que se persigue es preservar el equilibrio emocional del menor al relatar unos hechos que, como en este caso, integraban un delito de abuso sexual.



En cualquier caso, no se advierte la diferencia que pretende establecer el recurrente entre que la declaración, como se pretendía, hubiera sido practicada como prueba anticipada, o que se desarrolle, como así ha ocurrido, en el propio juicio oral, evitando en ambos casos la confrontación visual de la menor con el acusado (artículos 433 y 707 de la LECrim) y con la posibilidad de la asistencia de un experto.

Finalmente, la regularidad de la práctica exige que se practique con todas las garantías. Una vez examinada la práctica de la prueba mediante el visionado de la grabación del juicio oral, consta que la psicóloga que asistía a la menor se limitó a mantenerse junto a ella mientras declaraba, y cada una de las partes intervinientes, también la defensa recurrente, tuvieron la oportunidad de formular a la víctima todas las preguntas que tuvieron por conveniente. Por tanto, no cabe admitir que en el desarrollo de la prueba se hubiera vulnerado el principio de contradicción que invoca la parte recurrente, ni que se haya ocasionado al acusado ningún tipo de indefensión que pudiera motivar la pretendida nulidad de la prueba.

Por ello, el motivo debe ser desestimado al amparo de lo dispuesto en el artículo 885.1º de la ley de enjuiciamiento Criminal ".

Supuesto idéntico al de autos, y que debe conllevar la desestimación de la petición de nulidad instada por la defensa por cuanto la declaración de la menor se realizó en el plenario, sujeta al principio de contradicción, con asistencia de un experto que acompañó a la menor durante la declaración, y con utilización de un biombo que la preservaba del contacto visual con el acusado, cumpliendo con ello los requisitos legalmente exigidos.

SEGUNDO: Los hechos relatados en el apartado correspondiente de la sentencia, se declaran probados por resultar así de los diversos medios de prueba practicados en el acto del juicio, valorados prudentemente y con arreglo a las normas de la sana crítica, conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como por otra parte nos recuerda el TS entre otras en las STS 724/2012 de 2 de octubre de 2012 (ROJ STS 6450/2012) y 97/2012 de 24 de febrero, "el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la sentencia condenatoria se fundamente en una prueba de contenido incriminatorio que cumpla con las exigencias de ser:

1º) Constitucionalmente obtenida, a través de medios de prueba válidos;

2º) Legalmente practicada, con respeto a los principios básicos de imparcialidad, contradicción y publicidad,

3º) Racionalmente valorada, canon de razonabilidad que exige que desde la lógica y las reglas de la experiencia los medios de prueba tomados en consideración justifiquen como objetivamente aceptable la veracidad del relato en el que se fundamenta la acusación formulada, pues de la motivación del Tribunal sentenciador debe deducirse la suficiencia de la prueba para justificar una convicción ausente de dudas razonables sobre la culpabilidad del acusado".

En el caso de autos y esencialmente, se obtiene la convicción de la declaración de la menor, así como de sus legales representantes, junto a las testificales de su hermana y su tía (ex pareja del acusado).

En lo que respecta a la declaración de la menor la misma indicó en el plenario que "los hechos comenzaron en la fiesta de Nocheviaje de 2015. Que ambas familias tenían buena relación y su tío le dio un beso en la boca pero ella no se lo tomó mal. Que estaban todos juntos en una terraza, y nadie se dio cuenta de nada. Que el siempre da besos pero a ella no se lo había dado nunca en la boca. Que no vio que diera besos en la boca a los demás. Que la relación siguió siendo normal. Que siempre había tocamientos y ella giraba la cara. Que en la fiesta mayor de DIRECCION001 ella entró en el agua. Que su sobrino se fue y ella nadaba. Que él la cogió por detrás, la tocó y le dijo si le podía dar un beso en la boca bajo el agua, preguntándole si ya había tenido relaciones. Ella estaba tumbada y él le tocaba de arriba-abajo. Le entró miedo y él la persiguió. Que ella se fue con su tía porque tenía miedo, pero no se lo dijo a nadie. Que su profesor se dio cuenta porque bajó las notas y le preguntó pero ella no era capaz de contarle. Habló primero con su hermana Sara y luego con su madre. Después con su padre y su tía. Ella estaba segura de lo que pasó. Estuvo un tiempo con una psicóloga.

A preguntas de la defensa indicó que la relación era normal, pero no jugaban mucho. En la terraza estaban todos juntos y ellos iban a entrar. Nadie vio nada. En la playa él no estuvo jugando con ella. No jugaban a la serpiente. Bajó su rendimiento escolar. Su padre es afectuoso y da besos a las personas en las celebraciones. Pero no los da en la boca. Hizo un tratamiento con una psicóloga. No sabe cuanto tiempo. No recuerda si ella le daba cachetadas a su tío en el culo".

Y ya en lo que respecta a la estructura racional del proceso valorativo de la declaración de la menor, en este punto el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.



Estos 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. Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

1.- *El primer parámetro de valoración es la credibilidad subjetiva del testimonio (o ausencia de incredibilidad subjetiva).*

Como establece el Tribunal Supremo, la falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan. O de la existencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En el caso actual las características físicas y psíquicas de la menor, atendida la edad de la menor en el momento de los hechos, que ya contaba con 14 años, así como que no existe dato o información alguna que nos haga pensar que la misma tuviera un perfil psicológico diferente al de un menor dicha edad, y atendido que en el momento actual cuenta ya con 17 años, la misma es capaz de ofrecer un discurso completamente lógico y racional, como así fue advertido en el acto del plenario. Es más, de su propia declaración se extrae que sus familiares trataron de advertirla sobre si estaba completamente segura de lo ocurrido, a fin de que no pudiera malinterpretar una relación afectuosa con un familiar, con los hechos que la misma relata, afirmando esta que estaba completamente segura de lo vivido.

Y por otro lado tampoco puede atisbarse ninguna motivación de carácter espurio en la declaración de la menor, máxime cuando la misma ni tan siquiera reclama indemnización alguna por los hechos ocurridos, por lo que entendemos que la menor no tenían ningún fin espurio para relatar unos hechos que pudieran perjudicar al acusado, máxime cuando todas las personas que han declarado en el plenario han afirmado la buena relación existente entre las dos familias.

2.- *El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).*

Este parámetro es el esencial para la valoración de la prueba, y cuando se trata de menores, resulta difícil de determinar, porque obviamente no podemos pedir a las menores que los hechos nos lo cuenten de forma precisa, y de forma ordenada, pero sí es necesario que lo hagan de forma que su declaración adquiera coherencia, la cual se produce en el relato de Hortensia, que como afirmamos, ya cuenta con 17 años en el momento de su declaración.

Analizada la declaración observamos que la menor sitúa perfectamente el momento y lugar en el que suceden los hechos en dos episodios perfectamente identificables, como lo son la vivienda del acusado en la nochevieja del año 2015 y en la playa en la fiesta mayor de DIRECCION001 durante el verano del año 2016, habiendo reconocido el propio acusado que, en ambos casos se encontraba con la menor.

De este modo la declaración de la menor Hortensia vendría periféricamente corroborada por la declaración de su padre Arcadio, que como testigo de referencia, explicó que era el hermano del acusado y que en la Nochevieja del año 2015 no vio nada extraño. Que se daban besos normales, no en la boca. Que la relación siguió siendo normal hasta el día de la playa en DIRECCION001. Que Hortensia se quedó con sus tíos porque ellos fueron a recoger a su otra hija. Que él no notó nada extraño en su hija, pero su otra hija si lo notó. Que no le contaron nada porque está enfermo del corazón. Que su hija bajó el rendimiento escolar y la niña contó lo que le pasaba y les avisaron del colegio. Que dijo que Demetrio la tocaba y le hacía preguntas íntimas. Le tocó sus partes. Fueron al instituto con él, pero el Director no quiso recibirlo a él. Ya no tienen relación, porque a él le dio un ataque y ya no hablaron más. Que le dijo a su cuñada que los hechos eran ciertos, pero luego lo negó. Que él creyó a su hija. Que su hija estuvo acudiendo al psicólogo no sabe cuanto tiempo. Ahora va bien en los estudios".

Por otro lado contamos con la declaración de la madre de Hortensia, Marta, que explicó en el plenario que "habló con sus hijas a finales del mes de febrero de 2017 porque ellas se lo pidieron. Le explican que Hortensia había tenido un problema con su tío Demetrio en DIRECCION001. Ella pensó en un acto involuntario, pero su hija mayor le dijo que ella pensaba que era cierto. Que Hortensia le dijo que su tío le pedía un beso bajo el agua



y le tocó sus partes íntimas. Que en otras ocasiones le intentaba dar un beso y ella giraba la cara. En Navidad también pasó algo parecido. Ella no quería denunciar pero en el colegio activaron el protocolo y le dijeron que debía hacerlo. Que su hija ha tenido seguimiento psicológico en el colegio y también con la asistenta social, aproximadamente durante un año. Durante un tiempo tuvo un comportamiento extraño, ella le preguntaba que le pasaba, pero no le decía nada. Cuando hablaron con Demetrio él lo negó, dijo que estaban jugando. Que su hija en un diario escribió que odiaba a su tío porque era un pederasta, pero no lo entregó a la policía. Que no vio marcas en el cuerpo de su hija, eran superficiales. Las vio tarde. Que Demetrio siempre fue su tío favorito, nunca notó nada raro".

También contamos con la declaración de la hermana de Hortensia, Sara, primera persona a la que la menor le explica lo sucedido, y que relató que "su hermana le dijo que quería hablar con ella y supo que era algo importante tal y como estaba, ya que llevaba tiempo mal, apenas hablaba y decía que era por el Instituto. Se puso a llorar y le dijo que era por el tío Demetrio y ella se hizo una idea. Le explicó lo ocurrido en Navidad y en la playa de DIRECCION001 cuando le pidió un beso bajo el agua y le tocó los pechos y la vulva. Que se lo contaron a su madre, que no le pareció que su hermana malinterpretaba nada. Que antes de ese día no notó nada raro en su tío hacia su hermana".

Por último declaró la tía de la menor y expareja del acusado Marí Juana que relató que "en la fiesta de Nochevieja de 2015 no vio que Demetrio tocara el culo ni besara en la boca a su sobrina. En DIRECCION001 los vio jugar en el agua. No vio nada raro pero sí notó rara a su sobrina cuando salió del agua. Quería saber dónde estaban sus padres. Demetrio negó que hubiera pasado nada. En DIRECCION001 su sobrina no le dijo que su tío la estaba persiguiendo, solo la notó rara, estaba todo el rato abrazándola, hasta le resultó pesada y luego lo entendió".

Por tanto advertimos que la declaración de la menor vendría en parte corroborada por las declaraciones de sus familiares directos que, si bien no fueron testigos directos de los hechos, sí que tienen conocimiento de los mismos a través de lo que Hortensia les cuenta, coincidiendo dicho relato con lo declarado por la menor, y relacionando tales hechos con los cambios de comportamiento y bajada de rendimiento escolar que la misma sufrió a consecuencia de los hechos, siendo aquel el motivo por el que el centro escolar intervino para esclarecer las razones que habían conllevado aquel cambio en la perjudicada.

3.- *El tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima* consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

- a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones".
- b) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.
- c) Ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

Este tercer parámetro de valoración resulta completamente acreditado en el caso de autos, por cuanto la menor ha mantenido un mismo relato de los hechos tanto en su declaración en sede policial, como posteriormente en sede de instrucción, así como en el acto del plenario, sin introducir modificaciones, y sin incurrir en contradicción alguna. De hecho, ninguna crítica han formulado las partes a este respecto, lo que permite apreciar pacíficamente su concurrencia.

Frente a la prueba de cargo que hemos expuesto, el acusado niega los hechos, afirmando que siempre fue buena la relación entre ellos. Que en la Nochevieja del año 2015 estaba en su casa con su hermano y sus familias, estaban unas doce personas en total. No le dio un beso a su sobrina ni le tocó el culo. Que le dio un pico a todos los que se encontraban allí. Que después la relación siguió siendo normal. Que no intentaba besarla cuando la veía por la calle. Que en la fiesta de DIRECCION001 estaba en la playa con su mujer y su sobrina. Que su hermano fue a recoger a su otra hija. No le tocó los pechos en el agua ni le preguntaba si se depilaba. Le hizo el juego de la serpiente. Después la relación siguió siendo normal. Que en marzo del año siguiente su hermano le preguntó y él lo negó todo. Fue al Instituto pero no entró. Que nunca hubo maldad en sus actos, siempre fue cariñoso, y ella le devolvía las bromas. Que su hermano es bromista y le tocaba sus partes. En la playa primero jugó con Paulino y luego con ella. No la vio incómoda ni le dijo nada. Nunca su hermano ni su cuñada le llamaron la atención por su comportamiento hacia su hija".

Expuesta la prueba practicada en el plenario, analizada la misma, en lo que respecta al primero de los hechos ocurrido en la Nochevieja del año 2015, pese a entender acreditado que se propinó un beso por parte



del acusado a Hortensia durante la celebración de fin de año, no entendemos acreditado que dicho acto tuviera una connotación sexual, por cuanto, si bien el mismo besó a su sobrina durante la celebración, hecho reconocido por él mismo que afirma que dio un "pico" a todos los asistentes a las 12 de la noche, resulta extraño pensar que el acusado pretendiera abusar de la menor en presencia de toda su familia, y durante una celebración familiar, en la que es propio y habitual besarse entre familiares, máxime cuando todos los testigos han declarado que se trata de una familia muy afectuosa. Además todos los asistentes a dicha reunión afirman que no se percataron de nada, pese a que todos ellos estaban en la terraza en la que los hechos se producen. Y asimismo la menor indicó que ella no le dio ninguna importancia al beso, por lo que la relación siguió siendo normal con su tío.

Y en cuanto a los tocamientos que se dicen producidos entre el día de Nochevieja y el día de la fiesta mayor de DIRECCION001, lo cierto es que las declaraciones prestadas en el plenario no han podido concretar estos hechos. Así, la menor afirma que entre ambas fechas, cuando se encontraba con su tío este le tocaba, sin concretar que parte del cuerpo le tocaba, y que intentaba besarla, sin conseguirlo porque ella giraba la cara, por lo que su declaración por sí sola no nos ofrece la concreción necesaria para entender acreditado este hecho. Y en segundo lugar, no existen tampoco testigos presenciales de tales hechos que permitan corroborar que los mismos ocurrieron, siendo difícil que ello ocurriera por cuanto tampoco se nos indica que la menor estuviera sola con su tío en ninguna de estas ocasiones, sino siempre en presencia de su familia, por cuanto ambas familias tenían buena relación. Y además tampoco se advirtió ningún comportamiento extraño en la menor durante este periodo de tiempo, que nos permita entender corroborados estos hechos, por cuanto todos los testigos han indicado que la relación entre las familias siguió siendo normal hasta el día de DIRECCION001, no advirtiendo nunca ningún comportamiento extraño de Demetrio hacia su sobrina.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el hecho sucedido en la playa de DIRECCION001, en la que la menor nos ofrece un relato completamente detallado de lo sucedido, afirmando como su tío la tocaba desde los pechos hasta la vulva, subiendo y bajando la mano por su cuerpo cuando ella se encontraba nadando, y como le pedía que le diera un beso bajo el agua, mientras le preguntaba si había tenido relaciones sexuales. Dicho relato viene corroborado en primer lugar por el testimonio de su tía, que explica el comportamiento extraño de su sobrina cuando salió del agua, y que incluso llegó a parecerle pesada, porque estaba todo el rato junto a ella. En segundo lugar, por el testimonio, si bien de referencia de la hermana y los padres de Hortensia que explican los hechos de forma idéntica a como esta los relata, explicando además como fue a partir de ese momento cuando su comportamiento cambió, empezó a estar rara, apenas hablaba, como indicó su hermana, y bajó su rendimiento escolar, siendo esta la razón por la que el colegio habló con Hortensia, lo que la llevó a explicar los hechos a su hermana y posteriormente a sus padres. Indicando estos que su hija tuvo que recibir tratamiento psicológico, primero a través del psicólogo del colegio y después a través de la asistente social. Por lo que a través de dichas declaraciones, entendemos acreditados los hechos relatados por la menor en relación con lo sucedido en la playa de DIRECCION001 durante la celebración de la fiesta mayor, todo lo cual es prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, pese a la negación del acusado de estos hechos.

SEGUNDO.- Calificación jurídica de los hechos.

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual a un menor de 16 años, previsto y penado en el artículo 183.1.

En efecto, el artículo 183.1 CP establece que "el que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años" A este respecto, la STS de 11 julio 2018, con cita de la precedente STS de 8 julio de 2016, recuerda que el delito de abuso sexual se configura en nuestro ordenamiento penal en base a los siguientes requisitos:

a) De una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo 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. El problema surge a la hora de establecer el criterio para distinguir en dichos actos los que son punibles y de los que no lo son, dado que la jurisprudencia, en ocasiones, ha estimado contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención del derecho penal, que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual, de modo que debía atenderse a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes (STS de 5 de octubre de 2007). Pues bien, la STS 9 febrero de 2011 resolvía la cuestión fijando su delimitación en base a la razonabilidad con la que una persona adulta considera que esos actos son intromisiones en el área de la intimidad sexual, susceptible de ser rechazadas sin mediar consentimiento. Más concretamente, y en lo aquí importa, las SSTS de 15 de mayo de 2015 y 19 de diciembre de 2016 consideraron como actos de inequívoco



carácter sexual los tocamientos en la zona vaginal o pectoral, siendo idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, por lo que integran la conducta de abuso sexual del artículo 183.1 CP .

b) De otra parte, el subjetivo o tendencial que se incorpora mediante el ánimo o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.

En el caso de autos, la acción consistente en realizar tocamientos en el pecho y la vulva por encima de la ropa del bañador que llevaba la menor, cuando se encontraba en el agua, a la vez que le pedía que le diera un beso bajo el agua, son actos inequívocamente impúdicos y de significación sexual, y son sin duda atentatorios de la indemnidad sexual de la menor, que tuvo que soportar estas acciones de carácter sexual sobre su propio cuerpo, involucrándola por tanto en un contexto sexual impropio de su edad y además no consentido, puesto que la misma se aleja del acusado y se marcha junto a su tía, no mostrando su deseo de continuar realizando tales prácticas con el acusado.

Por todo ello entendemos que la conducta del acusado resulta encuadrable en el tipo penal previsto en el artículo 183.1 del Código Penal, al realizarse los hechos sobre una menor de edad, habiéndose probado la intencionalidad sexual y libidinosa del acusado, en los tocamientos realizados, sobre partes erógenas del cuerpo de aquella.

Atendido que únicamente entendemos acreditados los hechos ocurridos en la playa de DIRECCION001 en la fiesta mayor del verano de 2016, y que no otorgamos significación sexual o libidinosa a los hechos ocurridos en la nochevieja del año 2015, no aplicamos la continuidad delictiva pretendida por la acusación pública.

E igualmente no entendemos concurrente la agravación específica del apdo. nº 4 d), prevista en el artículo 183.1 del Código Penal, puesto que el prevalimiento de superioridad en ella previsto entendemos que en el supuesto enjuiciado constituye un elemento propio del tipo penal básico, al ser menor de edad la víctima y siendo por ello más fácil para un adulto la realización de los hechos. Y en este sentido el Tribunal Supremo ha venido manteniendo en resoluciones como las de fecha 7 de junio de 2018, siendo Ponente D. Manuel Marchena, o la de 17 de mayo de 2018, siendo Ponente D. Antonio del Moral que *"cabe señalar que el prevalimiento se fundamenta en el desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su evidente posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, incluso la derivada de una relación "cuasi familiar" y de amistad consciente por la que la víctima tiene coartada -por ese motivo- su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta (STS 05-03-13). Hemos dicho que el abuso sexual con prevalimiento ya no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, pero es claro que la edad de la víctima puede determinar la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento, pues cuanto menor sea dicha edad, es decir, más joven sea la víctima, menos capacidad de libre discernimiento tiene la persona afectada, sobre todo en franjas de edad, como aquí es el caso"*.

Situación que no se aprecia en el caso de autos, por cuanto el prevalimiento no puede venir motivado por la relación de parentesco que unía a las partes, y que la jurisprudencia ha excluido en el caso de relación tío-sobrino. Así, la STS de 3 de febrero de 2014 contempla en el prevalimiento del artículo 183.4 d) dos factores diferentes: la relación de superioridad, por un lado, o el parentesco, por otro. Por tanto, la superioridad no se apoya en el parentesco, y la conjunción disyuntiva "o" que une ambas ideas lo pone de manifiesto. Concurrirán pues los presupuestos de la agravante cuando haya un prevalimiento que puede basarse bien en el parentesco, bien en una relación de superioridad. A este respecto, la referida sentencia analiza estos dos términos de agravación en el siguiente sentido: " a) En cuanto a la relación de superioridad se basaría en la cercanía familiar que otorgaría esa hegemonía anímica. Bien vistas las cosas eso no añade un plus a la superioridad derivada de la diferencia de edad, ya tomada en consideración en el tipo (menor de 13 años). Se refiere más bien a un abuso de confianza que es algo distinto del abuso de superioridad (como demuestra que en el art. 22 CP aparezcan como dos agravaciones diferentes). Además -aunque podamos imaginar algún supuesto en que no será así necesariamente- en principio introducir por la vía del inciso inicial de esta norma (superioridad), lo que ha sido deliberadamente expulsado del inciso segundo (parentesco) tiene algo de fraude interpretativo: es decir, considerar que todo el parentesco que no es expresamente mencionado en el inciso final representa una relación de superioridad que colmaría las exigencias del inciso inicial. Si fuese así, sobraría la segunda parte del precepto. b) Pasemos a examinar el parentesco. La dicción del Código no es muy afortunada por la perturbadora referencia sin matices a la afinidad. Aquí eso no nos afecta pues es un parentesco por consanguinidad. Se habla de ascendientes, descendientes, o hermanos por naturaleza o adopción y afines. Es claro que no está comprendido el tío carnal (como tampoco si lo fuese por afinidad según se ha dicho en otros precedentes: STS 69/2014). El parentesco colateral está excluido, salvo el caso de hermanos. La relación tío-sobrino por consanguinidad no está contemplada en la norma y no puede basar la agravación."



De este modo, excluida la agravación por el parentesco que unía a las partes pues era una relación tío-sobrino, y atendida la forma en que se cometen los mismos, en presencia de familiares, y nunca encontrándose la menor a solas con el acusado, sino en la playa de DIRECCION001 durante la celebración de la fiesta mayor, ello lleva a excluir una situación de superioridad en la forma en que se cometen los hechos, pues hubiera sido fácil para la víctima haber pedido ayuda en ese momento, entendiéndose por ello encuadrables los hechos en el tipo básico del art. 183.1 del CP.

TERCERO.- Autoría

De dicho delito resulta autor criminalmente responsable el acusado Demetrio, por aplicación de los artículos 27 y 28 del Código Penal.

CUARTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que tampoco han sido solicitadas por ninguna de las partes.

QUINTO.- Penalidad.

A la hora de fijar la penalidad por el delito atribuido al acusado, conforme al art. 66 del CP al no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes imponemos la pena mínima de dos años de prisión, entendiéndose que la conducta si bien es relevante y reúne la entidad que exige el tipo, sin embargo consistiendo en un único tocamiento ya descrito, debe ser generadora de la pena mínima establecida en el tipo, por ello debemos condenar al acusado a la pena de dos años de prisión con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena de acuerdo con el art.56. 2 del CP.

En mérito de lo dispuesto en el art. 58 del Código Penal, habrá de serle de abono al acusado el tiempo de privación de libertad que, en su caso, hubiere sufrido por razón de la presente causa.

Por otro lado conforme al art. 57.1 párrafo segundo del CP al tratarse de un delito contra la libertad e indemnidad sexual procede la imposición de una medida de alejamiento para proteger la seguridad y tranquilidad de la víctima visto el delito por el que se le condena, cometido sobre una menor de edad, y para asegurar dicha finalidad se va a imponer la medida de alejamiento y prohibición de acercamiento a la víctima por un tiempo en un año superior a la pena de prisión impuesta, y a una distancia de 1.000 metros, y prohibición de comunicación con ella durante el mismo tiempo.

Por otro lado, el artículo 192 del Código Penal dice: "A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor".

En el caso de autos nos encontramos con la condena por un delito de abuso sexual a menor, castigados con pena grave, pues la pena en abstracto prevista para estos es grave (dos a seis años de prisión). Y por ello, tal y como el Tribunal Supremo ha establecido en sus resoluciones de fecha 8 de marzo de 2018 (Ponente D. Manuel Marchena Gómez) o 1 de junio de 2017 (Ponente D. Andrés Palomo del Arco), " *Esta Sala ha dicho que el propio Código prevé expresamente una eventual excepción, limitada a los delitos menos graves cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, en cuyo caso se deja a discreción del Tribunal imponer o no la medida en atención a la menor peligrosidad del autor (STS 609/2015, de 14 de octubre).... Y ello respeta la legislación vigente, pues el artículo 183.1 y 4 del Código Penal, por el que se castiga al acusado, es un delito grave, por tener prevista, en abstracto, una pena de carácter grave. De la lectura del artículo 192 del Código Penal y de conformidad con la jurisprudencia expuesta, se desprende que dada la entidad del delito en virtud del cual se condena al acusado, la libertad vigilada es una medida de carácter obligado*".

Sin que por tanto, la imposición de la misma en un tiempo superior al peticionado por el Ministerio Público, que interesaba una duración de 3 años, que no se ajusta a las previsiones legales, suponga vulneración del principio acusatorio.

Por último procede imponer al acusado la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años que se ejecutará con posterioridad a la pena de privación de libertad impuesta. Y conforme a lo dispuesto en el artículo 192.3 del Código Penal, habiendo sido condenado el acusado por un delito comprendido en el Capítulo II bis del Título VIII, procede imponerle la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, retribuido o no, que conlleve contacto directo y regular con menores de edad, por tiempo de tres años superior a la pena de prisión impuesta.

**SEXTO.- Responsabilidad civil.**

No habiéndose interesado indemnización alguna por la perjudicada, no procede hacer pronunciamiento en este punto.

SEPTIMO .- Costas.

A tenor del artículo 123 del C.P. y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito, por lo que deben serle impuestas al acusado.

Vistos los preceptos citados y demás de procedente aplicación, procede dictar el siguiente:

FALLO

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Demetrio como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual respecto de menor de edad, a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y **PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN** a Hortensia a una distancia inferior a 1.000 metros y a su lugar de residencia o lugar donde se encuentre, así como **PROHIBICION DE COMUNICACIÓN** con ella en cualquiera de las formas, todo ello **POR UN PERIODO DE TIEMPO EN UN AÑO SUPERIOR A LA PENA DE PRISIÓN IMPUESTA.**

Sírvale de abono al acusado, el tiempo de privación de libertad que, en su caso, hubiere sufrido con motivo de esta causa.

CONDENAMOS A Demetrio a la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años desde la finalización de la pena de prisión impuesta y le imponemos la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, retribuido o no, que conlleve contacto directo y regular con menores de edad, por tiempo de tres años superior a la pena de prisión impuesta.

Se condena al acusado al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente sentencia personalmente al acusado y a las demás partes, con el apercibimiento de que la misma no es firme, cabiendo interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Catañuña, en virtud de lo previsto en el artículo 846, ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio que resolverán las apelaciones en sentencia en la forma dispuesta en los artículos 790 , 791 y 792 de esta ley).

Así por esta Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la misma Ilma Magistrada Ponente que la dictó, encontrándose celebrando audiencia pública. Yo la Letrada da la Administración de Justicia, DOY FE.