



Roj: **SAP B 6111/2019 - ECLI: ES:APB:2019:6111**

Id Cendoj: **08019370062019100198**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **6**

Fecha: **28/03/2019**

Nº de Recurso: **11/2018**

Nº de Resolución: **195/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **JORGE OBACH MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **SECCION SEXTA**

#### **BARCELONA**

Sumario de Sala 11/2018

Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000

Sumario 1/2017

#### **S E N T E N C I A N º**

TRIBUNAL

Sr. José Manuel del Amo Sánchez

Sr. Jorge Obach Martínez

Sr. José Luis Ramírez Ortiz

En Barcelona a 28 de marzo de 2019

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, integrada por los Magistrados al margen referenciados, ha visto en juicio oral y público, la causa instruida como Sumario 1/2017 por el Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 y seguida por delitos CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, contra Santos , con D.N.I. número NUM000 , nacido Ecuador el NUM001 de 1959, hijo de Silvio y de Montserrat , vecino de Barcelona, CALLE000 , NUM002 , y que ha estado representado por la Procuradora de los Tribunales Sra.MARGARITA RIBAS IGLESIAS y defendido por la Letrada Sra. MARIA DEL CARMEN GOMEZ MARTIN; en situación personal de prisión provisional por esta causa desde el 2 de junio de 2017; la FUNDACIO PRIVADA PRO DISMINUÏTS PSIQUICS FINESTRELLES, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. JORDI FONTQUERNI BAS y defendida por el Letrado Sr. FRANCESC RODRIGUEZ TUTUSAUS ha sido acusada como responsable civil directa mientras que MAPFRE COMPAÑIA SE SEGUROS y REASEGUROS , representada por el Procurador de los Tribunales Sr. PEDRO MANUEL ADAN LEZCANO y defendida por la Letradas Sra. CANDIDA GARCIA PEREZ ha sido acusada como responsable civil subsidiaria; la acusacion pública ha sido ejercitada por el MINISTERIO FISCAL, mientras que la Sra. Teodora y el Sr. Juan Luis , representados por el Procurador de los Tribunales, Sr, IVO RANERA CAHIS y asistidos de la Letrada Sra. SUSANA VICENTE ARGÜELLES han ejercitado la acusación particular, actuando como ponente el Magistrado Jorge Obach Martínez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- El 6 de julio de 2018, se repartieron a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona las presentes actuaciones procedentes del Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 , designándose Magistrado ponente y dictándose auto en fecha 10 de octubre de 2018 por el que se confirmaba la conclusión del sumario acordada por el Juzgado de Instrucción; presentados los escritos de calificación provisional por



parte del MINISTERIO FISCAL , de la acusación particular así como de las defensas del Letrado del procesado y de los responsables civiles, directo y subsidiario, se dictó auto el 14 de febrero de 2019 por el que se admitían todas las pruebas propuestas por las partes, señalándose como fecha de juicio, el 21 de marzo de 2019.

Segundo.- Llegado el citado día, con carácter previo por parte de las acusaciones, pública y privada se renunció a la acción civil al haber sido indemnizados los Sres. Juan Luis y Teodora en la cantidad de 30.000 euros, cantidad que pagó la entidad MAPFRE a la víctima de los hechos Adoracion , continuándose así el juicio exclusivamente por la acción penal, acordando que el mismo se hiciera en audiencia pública, salvo el visionado de la prueba preconstituida de la declaración de la víctima, vulnerable por su capacidad intelectual disminuida se decidió que sería a puerta cerrada.

Tercero.- Como pruebas, se practicaron el interrogatorio del procesado Sr. Santos ; la testifical mediante visionado de la prueba preconstituida, por acuerdo de todas las partes, de la Sra. Adoracion , además de las siguientes testificales : Sra. Teodora , Sr. Juan Luis , Sra. Claudia , Sra. Delfina , Sr. Eloy y Sra. Erica , renunciando las partes a las testificales de las Sras. Fermina , Gabriela y Guadalupe ; como pruebas periciales se practicaron las siguientes : médico forense a cargo de los Dres. Higinio y Lorenza ; psicológica de la EAT PENAL, facultativa número NUM003 ; médica psiquiátrica infantil y juvenil, Dra. Mariola ; médico de urgencias Dra. Mónica ; y psiquiátrica y psicológica a cargo de la Dra. Pilar y el Dr. Nemesio , respectivamente.

Cuarto.- El MINISTERIO FISCAL en sus conclusiones elevadas a definitivas calificó los hechos como constitutivos de dos delitos continuados de abusos sexuales, previstos y penados en el art. 181.1 , 2, 3, 4 y 5 en relación con el artículo 180.1.3ª y 74 del Código Penal , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, procediendo imponer al acusado la pena para cada uno de los dos delitos reseñados, de 10 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y, de conformidad con el art. 57 CP , la prohibición de acercarse a Adoracion a una distancia no inferior a 1000 metros, residencia o lugar de estudio o trabajo y de comunicarse con ella por cualquier medio durante el tiempo de 11 años; y, conforme el art.192 .1 en relación con el art. 106.1 del Código Penal , se proceda imponer al procesado la medida de libertad vigilada durante el tiempo de 10 años; por su parte la ACUSACIÓN PARTICULAR en igual trámite interesó la condena del procesado como autor de un delito de abuso sexual previsto y penado en los artículos 183.1.3.4 a ) y d ) y 74 del Código Penal y de un delito de agresión sexual previsto y penado en el artículo 179 en relación con los artículos 180.1.3ª y 4ª y 74 del Código Penal ( o alternativamente de un delito de abuso sexual previsto y penado en los artículos 181.1.2.3.4 y 5 en relación con el artículo 180.1.3ª , y 74 del Código Penal ), interesando las penas de 11 años de prisión por el delito de abuso sexual y la de 14 años de prisión por el delito de agresión sexual ( alternativamente la pena de 10 años de prisión); igualmente interesó la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como , en aplicación de los artículos 57 y 48 del Código Penal , la pena de prohibición de comunicación por cualquier medio y prohibición de aproximación a menos de 1.000 metros de Adoracion , de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por la misma por un tiempo de 10 años; igualmente interesó se impusiera al procesado la pena accesoria de libertad vigilada en virtud de lo dispuesto en el artículo 192.1 del Código Penal por tiempo de 10 años a cumplir tras la pena privativa de libertad; así com la condena en costas, incluidas las de la acusación particular.

Quinto.- La defensa de la señor Santos , en igual trámite de conclusiones definitivas interesó la libre absolución del procesado; y, subsidiariamente, la aplicación de la continuidad delictiva.

Sexto.- Después de los informes de las partes, se concedió al procesado la última palabra, manifestando lo que a su derecho convino, quedando las actuaciones pendiente de deliberación, votación y fallo.

## HECHOS PROBADOS

1.El procesado Santos suscribió el 17 de mayo de 2016 un contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial con la entidad Fundación privada pro disminuïts psíquics DIRECCION002 conforme el sr. Santos prestaría servicios de auxiliar técnico educativo en el centro que la citada entidad tiene en la CALLE001 NUM005 de DIRECCION000 y en jornada del turno de noche, iniciándose la relación laboral el mismo 17 de mayo de 2016.

En ejecución del referido contrato Santos , durante el año 2016 , trabajó en el centro DIRECCION002 y en turno de noche que se iniciaba a las 22 horas, los días 11, 12 y 16 de agosto, entre otros; durante el año 2017, también entre otros días, trabajó entre las 23 horas del día 14 de julio hasta las 10 horas del día 15 de julio; entre las 22 horas del 15 de julio hasta las 10 horas del día 16 de julio y entre las 22 horas del día 16 de julio hasta las 7 horas del día 17 de julio.

En el turno de noche trabajan dos personas con la misma cualificación de auxiliar de enfermería ( o auxiliar técnico educativo según contrato de trabajo); una de ellas prestaba sus servicios en la planta baja realizando



funciones técnicas (lavandería, entre otras), mientras que la otra los prestaba en la planta superior, donde pernoctaban las personas internas en el centro DIRECCION002 realizando tareas asistenciales que precisaran las mismas, coincidiendo los dos trabajadores en la planta superior cada dos horas para dichas funciones asistenciales (básicamente, realizar cambios posturales y cambio de pañales). La asignación de cada planta no la decidía la dirección del centro, sino que quedaba a los acuerdos entre los propios trabajadores.

Existía un ordenador donde se hacen constar por parte de los auxiliares las incidencias relativas a las personas internas tanto resto a cuestiones sanitarias como conductuales.

2. Adoracion nacida el NUM004 de 2000, padece DIRECCION001 así como una capacidad intelectual límite con una discapacidad del 66% según resolución del Departament de Treball, Afers Socials i Família de la Generalitat de Catalunya con efectos de 23 de enero de 2018.

Las personas afectas a esta enfermedad hace que la capacidad adaptativa funcional para su edad esté muy por debajo de lo que corresponde para las exigencias de la vida cotidiana, por lo que acude al colegio de educación especial DIRECCION003 de Barcelona, presentando dificultad innata para poder entender la complejidad de las relaciones humanas, haciéndola vulnerable ante los demás y fácilmente manipulable.

Adoracion acudía al centro DIRECCION002 cuando sus padres se ausentaban por motivos profesionales o de ocio; concretamente pernoctó en el centro durante los días 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de agosto de 2016 así como el fin de semana del 14 al 17 de julio de 2017.

3.-Durante estos días la estancia de Adoracion en el centro coincidía con el turno de noche del procesado, y aprovechándose de su posición de cuidador que tenía respecto a la citada Adoracion dada su situación de vulnerabilidad causada por su enfermedad y con ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos entraba en la habitación de Adoracion sita en la planta superior o bien hacía acudir a la citada en el lavabo así como en la sala destinado a descanso de los trabajadores sitos en la planta baja, incluso en la habitación de otros residentes, teniendo en cuenta que éstos dormían, y en contra de la voluntad de Adoracion, la besaba en la boca, efectuándole varias penetraciones vaginales y anales, cogiéndola también por la cabeza para que le hiciera una felación, manifestándole en estas ocasiones que lo hiciera "poquito a poquito"; cuando realizaba estos actos, el resto de residentes estaban durmiendo, asegurándose el procesado de que no acudiera su compañero/a de turno motivo por el cual en ocasiones dejaba a Adoracion en la habitación diciéndole "ahorita vengo". Cuando estos hechos ocurrían en la habitación de Adoracion, esta intentaba llamar mediante el timbre de alarma impidiéndolo el procesado apartándole el brazo. De igual modo el procesado le decía que no dijera nada ya que le echaría del trabajo, le meterían a la prisión y le cortarían el cuello.

Como consecuencia de estos hechos, Adoracion sufrió un empeoramiento en su patología, creciendo en ansiedad y acciones de auto rascado, causándole un trastorno de estrés postraumático por la que reclamaban sus progenitores, siendo indemnizados con carácter previo al juicio por el responsable civil subsidiario.

4.El 22 de noviembre de 2017 se dictó sentencia (de conformidad entre las partes) por la Audiencia Provincial de Barcelona -Sección Séptima- en cuyos "Hechos probados" se hacían constar, entre otros, que el 29 de julio de 2016, Adoracion entabló conversaciones a través de whatsapp con Cayetano, quien acudió al domicilio familiar de Adoracion aprovechando que la misma estaba sola, realizándole tocamientos en zona vaginal y pecho, provocando dicho incidente un estrés postraumático, estando afectado Cayetano de una elevada inmadurez emocional y funcionamiento intelectual límite que interfiere de manera significativa su capacidad para comprender el alcance y consecuencias de sus actos.

El mismo día en que ocurrieron los hechos enjuiciados - 29 de julio de 2016 -, a las 13.50 horas es visitada por el Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 de Barcelona, emitido por la Dra. Mónica resultando de la exploración de genitales de Adoracion que presenta labios menores sin heridas, observándose el himen íntegro.

Hasta ese momento Adoracion disfrutaba de una autonomía notable que la perdió por un control constante de sus padres que supuso retirarle todos los dispositivos de comunicación (teléfono, ordenador y tablet), acudiendo a llevarla y recogerla personalmente y diariamente al centro de educación espacial ( DIRECCION003 ) al que acudía en Barcelona.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- *Valoración probatoria*

Respecto a los hechos 1, 2 y 4 no presentan dificultad probatoria, teniendo en cuenta la documental obrante en la causa remitida por la Fundación DIRECCION002, ratificándose en dicha documentación en el plenario la testigo señora Claudia que es la gerente de dicha fundación y que acredita la realidad del contrato, los días de trabajo en el centro por parte del procesado Santos quien reconoció el hecho de que estuvo trabajando el



fin de semana correspondiente a los días 14 a 17 de julio de 2017, como también lo hicieron los compañeros de turno del procesado, Sra. Delfina y Sr. Eloy si bien aclarando, como también lo hizo el procesado, que las funciones que realizaban eran las de auxiliar de clínica, circunstancia que no tiene trascendencia a los efectos de los hechos enjuiciados. También la gerente como estos dos trabajadores manifestaron la forma de organizarse la asignación de la planta baja o planta primera donde pernoctaban los residentes del centro de la Fundación. Concretamente Delfina que coincidió con el procesado en los dos periodos aquí analizados confirma que lo normal era que un día un trabajador estuviera en la planta baja y al día siguiente en la planta primera. Por su parte, Eloy manifiesta que en agosto de 2016 no trabajó y que en el fin de semana del 14 al 17 de julio cuando coincidió con el procesado, éste se quedó los dos días en la planta primera mientras que Eloy se quedó en la planta baja. Estas declaraciones son mantenidas por estos dos testigos tanto en sede de instrucción como en el plenario, mereciéndonos plena credibilidad sin que aun aceptando la hipótesis de que el procesado estuviera trabajando siempre en la planta baja ( lo que sería un hecho solo afirmado por él) fuera obstáculo para cometer los hechos que se han declarado probados que siempre se hacían en un breve espacio de tiempo y asegurando no ser sorprendido por el o la compañero/a de turno.

La existencia del ordenador es reconocida tanto por la gerente, como por los testigos trabajadores y el propio procesado, debiendo hacer constar que Eloy cuando coincidió con Santos no tenía las claves de acceso al ordenador por lo que las anotaciones las realizaba o las debía realizar el procesado.

En relación al hecho 2 , los mismos resultan acreditados con los informes médicos de Adoracion así como de la Generalitat que acredita el grado de discapacidad reconocido, aportando la fundación documental acreditativo de los turnos y la estancia de Adoracion en el centro, ratificándose la suscribiente de dicha documental, la señora Claudia , en el plenario.

Respecto al hecho 4 , la primera parte queda acreditada con el testimonio de la causa seguida en esta misma Audiencia , Sección Séptima, mientras que la segunda parte de este hecho probado resulta acreditado con las declaraciones firmes, constantes y coincidentes de los padres de Adoracion , Teodora y Juan Luis tanto en sede de instrucción como en el plenario, siendo además una actitud lógica de vigilancia si tenemos en cuenta el hecho acaecido en el mes de julio de 2016 y la vulnerabilidad de Adoracion debido a su estado de salud y que lleva a la lógica consecuencia de que redoblen la vigilancia y supervisión de su hija de lo que además también queda constancia en la instrucción seguida en el juicio que se celebró en la Sección Séptima de esta Audiencia.

Así pues, la cuestión nuclear a valorar es el hecho 3, existiendo las dos hipótesis enfrentadas; por una parte, la que mantienen las dos acusaciones que coinciden en los hechos acaecidos en el mes de agosto de 2016 y el mes de julio de 2017 conforme el procesado habría abusado sexualmente de Adoracion de forma continuada, con penetraciones anales, vaginales y bucal mientras que la defensa sostiene que estos hechos no son ciertos, limitándose el procesado a realizar en el centro DIRECCION002 las tareas que le eran propias de su puesto de trabajo de auxiliar, tratándose de unos hechos producto de la imaginación y fantasía de Adoracion o en su caso , producto de la confusión que padece la perjudicada con el condenado referido en el hecho 4.

Una vez practicada la prueba, como se razonará seguidamente, esta Sala presta respaldo, más allá de toda duda razonable a la hipótesis acusatoria respecto a este hecho probado 3 , si bien con la calificación penal que se razonará en el fundamento correspondiente.

En efecto, como presupuesto hemos de señalar que no existe ni se acredita ninguna mala relación entre los padres de Adoracion y el procesado, a quien ni tan solo conocían, como tampoco se acredita mala relación entre dichos padres y la fundación, siendo la gerente de la misma quien acompaña a los progenitores de Adoracion a presentar la denuncia iniciadora de la presente causa; de igual modo, tampoco existe relación conflictiva entre la gerente y el procesado, quien tampoco lo alega ni manifiesta en ningún momento; de igual modo, los trabajadores compañeros del procesado que declararon en el juicio, no muestran animadversión hacia el mismo, más bien lo tildan de buen compañero. Finalmente, la perjudicada Adoracion , quien en la prueba preconstituida no puede recordar el nombre del procesado, tampoco muestra animadversión o resentimiento respecto a Santos , sin que tampoco se constate, como luego se dirá, una obsesión hacia el procesado tal y como sostiene la línea de defensa y así lo manifestó en el juicio.

Esta ausencia de móvil de enemistad, resentimiento o venganza en los testigos es fundamental para valorar la credibilidad de los mismos.

En primer lugar, hemos de hacer constar que Adoracion , pese a sus limitaciones, verbaliza prácticamente idéntico relato no solo en la prueba preconstituida que se practicó el 18 de enero de 2018, sino en la narración que efectúa a sus padres el día 30 de julio de 2016, reiterándolo al día siguiente ante la gerente de la Fundación DIRECCION002 ; posteriormente, lo relata de nuevo ante el médico forense el 1 de agosto de 2018 en la exploración efectuada así como ante su Psiquiatra la Dra. Mariola .



Revisada la prueba preconstituida, hemos de destacar la coherencia en el relato de Adoracion pues a partir de un relato abierto describe diversas acciones de claro contenido sexual siendo creíble a partir de diversos episodios que contextualiza espacios distintos y existentes en el centro DIRECCION002 donde tuvieron lugar ( la habitación de Adoracion , los lavabos, la sala de descanso de los trabajadores y que Adoracion describe como la habitación de Santos y en la habitación de otros residentes), y el momento ( en el turno de noche en el que trabajaba Santos ) concretando los hechos a los que era sometida por parte del procesado ( le metía la polla por delante y por detrás, le besaba, cerraba la boca, que le hiciera felaciones "poquito a poquito"), las precauciones que tomaba Santos para ser sorprendido por el compañero o compañera de turno ( mirando el reloj, dejando a Adoracion a la que decía "ahorita vengo"). Otro marcador de la verosimilitud de su testimonio se centra en el cambio de idioma utilizado para reproducir expresiones -propias del contexto de los hechos, del procesado-, con acento latinoamericano ; igualmente debemos resultar otro marcador de verosimilitud resultado de la descripción que de forma precisa interacciones con el procesado ( la hizo poner en una silla de espaldas y representa dicha acción ). Finalmente, ofrece otro dato importante de credibilidad y es el hecho de saber que el procesado estaba casado , tenía hijos y una nieta , datos que son ciertos y que únicamente puede saber por contárselo a Adoracion ( no encontramos otra explicación alternativa) y que dan cuenta de una relación más "intensa" de la que el acusado afirmó a lo largo del procedimiento ( respecto al año 2016 afirmó que solo coincidía con ella por la mañana, mientras que en el 2016 se limitó a decirle que se fuera a dormir cuando aparecía en el pasillo, llegando a reprenderla como luego se dirá).

En definitiva en la exploración practicada no se aprecia la existencia de un interrogatorio sugestivo y mucho menos preparado , por su reiteración en lo los puntos centrales del hecho investigado, teniendo en cuenta la patología que afecta a Adoracion que como señala su psiquiatra tiene poca capacidad para la imaginación, sin que se aprecie por parte del EAT Penal que participan que introduzcan informaciones nuevas que sean incriminatorias..

Por otro lado, la declaración de Adoracion dispone de varios elementos que la corroboran y que se incardinan en el ámbito familiar y asistencial, en el ámbito médico ginecológico, médico psiquiátrico y médico forense que atendieron y examinaron personalmente a la perjudicada.

Empezando por el ámbito familiar, los padres de Adoracion , tanto Teodora como Juan Luis afirmaron en el plenario que el desencadenante que permite exteriorizar los hechos investigados (no es infrecuente en este tipo de delitos y como un efecto más de la agresión sufrida, se tarde en denunciar ) fue una pregunta que uno de los hermanos realiza a Adoracion el día 30 de julio durante el almuerzo ,pidiéndole que elija entre ir a DIRECCION002 o junto con la familia durante las vacaciones de agosto, dando la llamada por respuesta y que extrañó al grupo familiar, siendo ese mismo día por la noche y tras la cena cuando Adoracion anuncia a su madre que va a decirle algo que no le va a gustar y es cuando relata lo sucedido, diciendo que los abusos sexuales se produjeron igualmente el mes de agosto de 2016 relatando lo sucedido tal y como luego son narrados meses después durante la prueba preconstituida con cita de los indicadores de credibilidad antes referenciados.

Son también los padres quienes dan cuenta de lo sucedido en el otro hecho enjuiciado, cometido el mes de julio de 2016, afirmando ambos progenitores que hasta ese momento Adoracion tenía una amplia autonomía, contando con los dispositivos que le permitían acceder a internet y que a partir de tales hechos, le fueron retirados sometiendo a Adoracion a un control más intenso de todos sus movimientos que incluía el ir a llevarla y recogerla del colegio especial donde acudía, afirmando que no era posible que tuviera encuentros con otras personas que ellos no comprobaran; igualmente los padres, afirmaron que desde el mes de agosto de 2016, su hija sufrió "un bajón" con incremento de ansiedad y problemas de sueño.

Estas declaraciones coincidentes y coherentes son mantenidas por los progenitores de Adoracion desde el mismo momento en que son denunciados, esto es, el 31 de julio de 2017 ante la policía, posteriormente ante la Juez de instrucción y, finalmente, en el plenario.

Por su parte, la testigo Claudia , gerente del centro DIRECCION002 es la primera que tras los padres tiene conocimiento de lo sucedido, pudiendo escuchar de nuevo el relato de Adoracion y de hecho acompaña a los padres a interponer la denuncia; esta testigo como el resto de trabajadores de DIRECCION002 , y también reconoce el acusado, da cuenta de la existencia de un ordenador en el que se hacen constar las incidencias o todo lo que se aparta de la normalidad, señalando la Sra. Claudia que tras lo ocurrido comprobó las anotaciones del ordenador sin que figurara ningún tipo de incidente que tuviera como protagonista a Adoracion , de quien solo se hacía constar que había dormido bien. Tampoco consta que esta testigo, que reconoció tener una "relación perfecta" con el procesado, como ya dijimos.

En el ámbito médico ginecológico, hemos de hacer constar que la Dra. Mónica , fue la especialista infantil que visitó y exploró a Adoracion el mismo día en que ocurrieron los hechos de julio de 2016, resultando de



la documental médica expedida y su ratificación y declaración en el plenario, que Adoracion mantiene su himen intacto, mientras que en la revisión efectuada a partir de la exteriorización de los presentes hechos, concretamente en el informe de urgencias del día 31 de julio de 2017 en el HOSPITAL000 de Barcelona, se hace constar que la perjudicada está desflorada, con el himen roto, por lo que atendiendo al relato de Adoracion y a lo dicho por sus padres sobre a la vigilancia a la que fue sometida la perjudicada, dicho desfloramiento encaja perfectamente con la acción llevada a cabo por en agosto de 2016 y reiterada en el mes de julio de 2017.

Del entorno médico, es destacable las corroboraciones que se obtienen a partir de los informes y de la declaración de la Dra. Mariola , que visita a Adoracion , una vez al mes, desde el mes de agosto de 2015, por lo que dicha psiquiatra es portadora de un conocimiento médico psiquiátrico sobre la patología que sufre la misma que es de sumo interés, debiendo subrayarse que se trata de una especialista en psiquiatría infantil, prestando sus servicios en un hospital de referencia como es el HOSPITAL000 de Barcelona. Pues bien, afirma esta doctora que a primeros de agosto de 2017 Adoracion le relata en su consulta lo sucedido, reiterándole los mismos indicadores de credibilidad que antes señalamos al igual que ocurrió con sus padres, concluyendo la Dra. Mariola que para ella es totalmente creíble teniendo en cuenta que por su trastorno de base ( DIRECCION001 ) Adoracion tiene poca capacidad de imaginación, como ya dijimos, y si un pensamiento muy concreto, con una comprensión verbal muy baja y dificultad para expresarse lo que justifica las imprecisiones que puede presentar su relato; rechaza esta perito que Adoracion sufra un trastorno de personalidad que afirma la Dra. Pilar , para cuyo diagnóstico se requiere de la visita de la paciente y una observación larga, aun cuando sus síntomas de la enfermedad que padece pueda coincidir con rasgos propios de trastorno personalidad, si bien para éste se requiere de una inteligencia más sibilina de la que carece Adoracion quien es una persona muy ingenua y con rasgos autistas , añadiendo que el rasgo de mentir de la enfermedad de Adoracion se concentra en su adicción y obsesión por la comida. La Dra. Mariola indicó que justamente por este suceso se produjo un empeoramiento de su estado de salud consistente en el incremento de ansiedad y del auto rascado así como problemas para dormir, cobrando sentido el hecho de haberse cortado el pelo el mes de agosto de 2016 y que responde a la necesidad de cambiar de imagen; afirma igualmente esta doctora que este empeoramiento que notó desde el mes de agosto de 2016 lo encontró desproporcionado achacarlo a lo sucedido en el mes de julio de 2016, teniendo en cuenta que en ese caso fue un incidente menor, buscado por la propia Adoracion y la persona con la que tuvo ese episodio era igualmente una persona con discapacidad, es decir, un suceso entre iguales, quedando acreditada así la consecuencia que para la salud de Adoracion supuso las acciones llevadas a cabo por el procesado y que se hacen constar en el hecho probado 3 de la presente resolución.

Por último, el médico forense Dr. Higinio junto a la también forense, Dra. Lorenza se ratificaron en los informes obrantes en la causa, sometiéndose a contradicción en el plenario, declararon que a un menor es más fácil engañarlo, señalando aquél que recuerda perfectamente lo narrado por Adoracion , quedándose con las notas de que los abusos se producían de modo muy rápido, en varias ocasiones y por la noche, en dos periodos de tiempo. Dicho doctor, que examinó a la menor el día 1 de agosto de 2017 declaró en el juicio que no consideró que Adoracion fabulara ni le generó dudas su relato, ya que de otro modo así lo habría hecho constar. En orden a la inexistencia de lesiones en la zona anal/genital de Adoracion , manifestó que no necesariamente tiene que causar lesiones los actos narrados cuando no hay resistencia.

Frente a dicha prueba de cargo, la defensa se opone con la propia declaración del señor Santos así como las prueba pericial psicológica realizada por la Psiquiatra Dr. Pilar y el Psicólogo Dr. Nemesio

Así, el procesado en su declaración niega que ocurrieron los hechos que se le atribuyen aunque analizando y valorando íntegramente , de dicha declaración se extraen consecuencias que permiten reafirmar la hipótesis acusatoria. En efecto, como ya dijimos, no niega la realidad de los días reflejados en los hechos probados en turno de noche; respecto a los días 11, 12 y 16 de agosto de 2016 dice que trabajó en el turno de noche, pero no coincidió con Adoracion pues él estaba en planta baja, si bien manifestó que coincidió con ella de mañana, aunque también reconoció que cada dos horas subía la planta superior donde estaban los internos para dejar la ropa lavada, para ser planchada a la vez que cumplía con las labores asistenciales a los internos (cambios posturales y pañales) ; también niega haber entrado en la habitación de Adoracion ya que la misma era autónoma ; igualmente reconoce que trabajó los días 14, 15 y 16 de julio de 2017 , señalando en instrucción que comentó a su compañera Delfina que Adoracion estaba "muy intensa"; añade que coincidió de noche con Adoracion a quien vio "desnuda por el pasillo varias veces", que luego concreta en tres ocasiones si bien en el plenario manifiesta que dicha acción se repitió ( no dice cuantas veces) y que él se limitó a decirle que regresara a su habitación; por otro lado en instrucción concreta que tras cambiar a una usuaria y salir de la habitación "le llamó Adoracion que estaba en mitad del pasillo desnuda" añadiendo que eso ocurrió sobre las 23.30 horas y las 03.30 horas, y que esto lo comentó a Piedad , manifestando en el plenario que lo que le dijo a Piedad es que estaba "muy intensa", pero no que estaba desnuda que lo dicho en instrucción se debía a su estado de shock. .



Esta hipótesis exculpatoria tiene dos elementos que la hacen poco creíble a la par que fortalece la hipótesis acusatoria : el primer elemento, es que Piedad tanto en sede de instrucción como en el plenario manifiesta que no le contó dicho incidente, lo que no tiene sentido visto lo "anormal" de la escena, y máxime cuando el procesado introduce en el plenario los siguientes datos : que cuando vio desnuda a Adoracion , la reprendió, diciéndole "¿Tú estas loca, Qué te pasa?" añadiendo que le dijo que se cubriera, contestando Adoracion que estaba esperándole, conminándole de nuevo el procesado a que se cubriera, terminando su declaración manifestando : "¿ Quieres que pierda mi trabajo" ; pues bien, estos nuevos datos que no son contados a Delfina aun causa más extrañeza teniendo en cuenta no solo lo "anómalo" de ese comportamiento, sino que además el mismo es percibido como peligro para la estabilidad laboral del mismo procesado; y, el segundo elemento y que ratifica que no relató nada de estos incidentes ni a Delfina ni a Eloy es que dicho incidente no consta registrado en el ordenador, manifestando ambos trabajadores que dichos incidentes deberían ser registrados como cualquier conducta anormal que afectara a los residentes.

Se pretende como óbice a la acción del procesado el hecho de que en la planta superior estuvieran las luces abiertas así como las puertas de las habitaciones en las que dormían las personas residentes en DIRECCION002 , precisamente porque a esas horas era normal que los residentes durmieran salvo los que tenían problemas de sueño ( solo consta que esos problemas los tenía Adoracion tal y como reconocen sus padres, la psiquiatra que la asistía y el propio procesado que reconoce que se levantó varias veces) sin que por otra parte lo que ocurría a esas horas de la noche fuera escuchado por el compañero de turno que estuviera en la planta baja, tal y como manifestó Eloy que dijo que desde abajo no se escuchaba si alguien iba al lavabo; siendo además creíble el que en alguna ocasión se produjeran los hechos en la planta baja (lavabo y sala de descanso de los trabajadores), relatando Adoracion las precauciones que tomaba el procesado como es el hecho de dirigirla al ascensor para que regresara a su habitación y que "fuera solita que no quiero que me vean contigo" tal y como señala Adoracion durante la exploración.

Mención aparte merecen las pericias sobre la credibilidad del testimonio.

En primer lugar, contamos con el dictamen confeccionado por los peritos de la EAT Penal de la Generalitat de Catalunya, deponiendo una de sus autoras, la psicóloga NUM003 en el plenario sometiendo el dictamen a la contradicción de las partes. Esta misma Sala se ha pronunciado sobre el riesgo de sobrevaloración epistémica de tales pericias, recientemente en la Sentencia de 20 de febrero de 2019 (PA 3/2016): "A través de ellas se trata de determinar si una declaración en concreto es producto de un hecho experimentado por el testigo o producto de la fantasía o la sugestión. Ahora bien, para ello se parte de un concreto presupuesto metodológico científicamente controvertido: las declaraciones de sucesos reales (autoexperimentados) difieren de las declaraciones de sucesos falsos (imaginados, sugeridos....) en una serie de características. Como es sabido, estas pericias, utilizan dos técnicas combinadas. Por un lado, la técnica CBCA( análisis del contenido de las declaraciones basados en criterios), que evalúa la credibilidad de las manifestaciones emitidas mediante el examen de diversos criterios de contenido que sirven como indicadores de la veracidad de la declaración. Además, se utiliza la técnica SVA (evaluación de la validez de la declaración), concebido como procedimiento de diagnóstico global que incluye los resultados de la técnica CBCA, la información biográfica del sujeto, las puntuaciones a diferentes tests que ha de cumplimentar, y otros indicadores de conducta, como la existencia de elementos externos de corroboración resultantes del expediente judicial. Pues bien, como hemos anticipado, el presupuesto metodológico de la técnica CBCA está científicamente cuestionado. En suma, no existen estudios empíricos que avalen la afirmación de que existen diferencias intrínsecas y siempre observables ente las declaraciones producto de hechos vividos y las declaraciones fabuladas o producto de la sugestión. Por otro lado, en cuanto a la técnica SVA, el elevado riesgo de error en la interpretación de los datos de evaluación está siempre presente. En especial, debido al "sesgo confirmatorio", o sesgo del experimentador que al poner a prueba una sola hipótesis ( la existencia del hecho punible afirmado) valora más positivamente los criterios que la confirman frente a los que la descartan. Pero, además, el perito redactor del informe suele examinar el expediente judicial, para contrastar datos, en un momento histórico determinado, por lo que es probable que con posterioridad se hayan incorporado diligencias de otro signo que podrían haber incidido en las conclusiones alcanzadas en el informe. Con ello no restamos valor a tales pericias, sino que intentamos circunscribir su rendimiento probatorio a aquello para lo que puede ser de utilidad: son herramientas auxiliares, que proporcionan máximas de la experiencia al Tribunal al tomar en consideración en la evaluación de los testimonios. Pero en modo alguno pueden sustituir ni la labor del juzgador, ni el juicio crítico que a este corresponde hacer. Por ello, conclusiones del tipo " la declaración es producto de hechos realmente vividos" o "el testigo dice la verdad", carecen del menor valor probatorio. Tales pericias, como decimos, se limitan a aportar máximas de la experiencia. Pero también pueden suministrar otros datos de tipo científico. Así, si el testigo padece alguna enfermedad mental que le condicione y oriente su discurso hacia la fabulación, o que le impida percibir correctamente los hechos enjuiciados"



En el caso presente y como dijimos en aquella sentencia, no vamos a utilizar esta pericia como elemento que corrobora la declaración del menor ni como sustituto del juicio crítico que solo al Tribunal nos corresponde hacer, por lo que en este sentido mostramos nuestro acuerdo, en parte, con las afirmaciones del psicólogo Dr. Nemesio cuando justamente pone en duda la fiabilidad de la técnica utilizada por las psicólogas del EAT Penal por las razones antedichas; ahora bien, por la misma razón no podemos compartir lo que este psicólogo señala como luego se dirá.

La clave de las pericias y su interpretación se centra en determinar si la enfermedad que padece Adoracion , el DIRECCION001 pudo afectar a sus facultades preceptivas o cognitivas, y si dicho síndrome generó riesgos de fabulación. En este sentido, la psicóloga NUM003 del EAT Penal , tras una entrevista cognitiva y el relato libre producido por Adoracion , para evitar sugerencias, estima que Adoracion no presentó riesgos de fabulación siendo datos que descartan la fabulación : a) el contexto ( da constancia de los escenarios posibles donde ocurrieron los hechos; b) cuando en el relato pasa del catalán -lengua propia de Adoracion - al castellano con acento latinoamericano con un intento de reproducir lo sucedido, utilizando expresiones que se corresponden con el contexto ( poquito a poquito, ahora vengo); afirmando que puede concluir que Adoracion no tiene capacidad para inventar sin que presente problemas de sugestión. Pero además, como dijimos contamos con el refrendo de la prueba pericial practicada por los médicos forenses y, sobre todo, por la de la Dra. Mariola que emite su informe antes de la prueba preconstituida sobre las características de Adoracion y que hemos relatado anteriormente y que tiene su correspondencia justamente con la declaración que presta ante las psicólogas de la EAT Penal y en presencia de la Juez de Instrucción, el Fiscal y los Letrados de las partes, negando igualmente la psicóloga del EAT que declaró en el plenario que se ratifica en que no se detectó signo alguno de fabulación.

Por su parte, la pericial de la defensa se centra en poner en cuestión la pericial del EAT Penal, si bien utilizando la misma metodología pero con un inconveniente que resulta insalvable : no han explorado a la menor y no han participado en la exploración de Adoracion , obteniendo sus conclusiones a partir del visionado de la prueba preconstituida y del expediente judicial al que han tenido acceso.

En este sentido, se realizan una serie de formulaciones genéricas de cuestionable validez universal, algunas desbordando lo que sería el objeto de una prueba pericial para adentrarse a lo que es propio del quehacer judicial, concretamente cuando la doctora Pilar ofrece una exposición más propia de un tratado de derecho procesal; el informe de esta doctora no puede tener ningún efecto para poder concluir sobre la credibilidad de Adoracion por las siguientes razones : en el plenario, al ratificar su informe, directamente dijo que la perjudicada "miente", de un modo categórico en un ámbito poco propicio ( según máximas de la experiencia recogidas de distintos expertos en psicología de la memoria - por ejemplo, Margarita Diges que cita la doctora en su informe) para este tipo de afirmaciones rotundas; la doctora Pilar que dice haber revisado el expediente judicial ofrece datos genéricos sobre los genitales de enfermos de DIRECCION001 , refiriendo que son menores por lo que necesariamente el tipo de acción cometida por el procesado que es de "raza caucásica" debería dejar lesiones : consta exploración ginecológica en la que nada se aprecia sobre esa circunstancia sin que la perito Dra. Pilar se refiera a dicha exploración en orden a su error como tampoco sobre los genitales del procesado en el caso concreto. Cuando la Dra. Pilar analiza el informe de la Dra. Mariola , aquélla se limita a manifestar que al no prescribirle medicación propia del estrés postraumático, niega su existencia sin otras razones sobre un posible error de diagnóstico de quien es justamente la psiquiatra de Adoracion y que visita mensualmente desde 2015, contando además con una especialidad de la que carece la Dra. Pilar . También sorprende de esta perito que en el juicio dijera que el hecho de taparse la cara Adoracion durante la exploración es signo de mentir: nuevamente esta afirmación choca con las elementales máximas de la experiencia en este campo, que obliga a mostrarse muy prudente sobre las interpretaciones del lenguaje corporal, por no ser inequívocas sus posibles interpretaciones, pues en nuestro caso, ese gesto de Adoracion también puede significar vergüenza al recordar lo sucedido; esta misma crítica se le puede atribuir cuando al comentar la prueba preconstituida afirma que "Dramatiza ( lo que parece congruente si relata lo realmente ocurrido) o, "Puerilidad" ( lo que es lógico si tenemos en cuenta la patología no discutida de Adoracion ). Por otro lado, asiste la razón a la Dra. Mariola cuando pone en cuestión el informe de la Dra. Pilar en orden a la falta de rigor que supone diagnosticar a una persona de un trastorno histriónico de personalidad ( que la doctora Pilar atribuye a Adoracion ) sin haber un hecho un seguimiento de la paciente, afirmando tajantemente la Dra. Mariola que ello no es posible sin una visita personal de la paciente. Finalmente,, no deja de sorprender que la Dra. Pilar realice unas conclusiones sobre credibilidad aplicando las técnicas CBCA y SVA, sin explorar a la menor, siendo su especialidad la de psiquiatría y que culmina con la aplicación de dichas técnicas para valorar unas declaraciones del procesado, persona mayor de edad no afecta de anomalía mental, prestada durante la instrucción, para terminar afirmando la incredibilidad ( mentira en el plenario) a lo dicho por la perjudicada y, credibilidad a lo afirmado por el procesado, hecho totalmente anómalo e inusual y que además podemos





afirmar con un error evidente, pues la lógica conclusión del informe de la Dra. Pilar , analizando toda la prueba practicada, es que todos, salvo el procesado, faltan a la verdad.

En relación al informe del Dr. Nemesio hace una exposición ( en Anexo de su informe, folios 17 a 21) sobre la debilidad de esta técnica del CBCA y SVA y que esta Sala comparte como ya se dijo, especialmente cuando refiere lo dicho por otro experto (MANZANERO) sobre que "no existen detectores de mentiras", en clara discordancia con lo expuesto por la Dra. Pilar que es capaz de aplicar esta técnica para llegar a la conclusión de que Adoracion miente. Ahora bien este perito al igual que la Dra. Pilar empieza su informe a partir de describir las generalidades sobre el DIRECCION001 con una serie de rasgos comunes y que aplicado al caso concreto en lo que aquí interesa, al pronunciarse sobre si Adoracion es manipuladora o no, concluye ( pág.13 del informe) : "Este perito carece de datos para pronunciarse en este criterio dado que no ha practicado directamente la entrevista con la menor. Igualmente cuando describe las generalidades sobre la patología DIRECCION001 señala la necesidad de atraer la atención que aplicado al caso concreto indica que podría ser compatible con el episodio de relacionado con el corte de pelo , lo que expresamente recoge en las conclusiones de su informe (página 13), sin analizar la hipótesis de la Dra. Mariola conforme dicho episodio estaría relacionado con lo ocurrido en el mes de agosto de 2016 cuando se iniciaron los abusos por parte del procesado. Por otra parte, cuando el Dr. Nemesio en el punto 6 de su informe (páginas 8 a 12 del mismo), analiza partes de lo narrado por Adoracion en la prueba preconstituida, poca información ofrece, descartada la manipulación , que nos arroje luz sobre la capacidad de ofrecer un relato creíble por parte de Adoracion , recogiendo además frases que la misma dice sin tener en cuenta el relato íntegro de la misma para hacer ver una contradicción que no existe : así . cuando destaca la afirmación : "que se lo hacía cuando había más gente en la habitación", cuando es lo cierto que la perjudicada reitera continuamente las medidas de vigilancia que tomaba el procesado además de señalar igualmente que nadie podía verlo pues estaban durmiendo o en la planta baja; lo mismo respecto a las amenazas, cuando claramente afirma que el procesado le dice que no diga nada que si no lo llevarían preso o, las razones por las que no grita, obviando que Adoracion es reiterativa cuando afirma que intentaba llamar por el timbre de alarma y el procesado lo impedía, lo que escenifica por dos veces durante la prueba preconstituida. De igual modo , no puede aceptarse la crítica que hace este perito cuando Adoracion narra " Y había una vez" para intentar enlazar el relato con el hecho enjuiciado por la Sección Séptima de esta Audiencia , afirmando equivocadamente el perito que es otra agresión (cuando se trató de un abuso casi instantáneo sin penetración de ningún tipo) y que se produjo entre incapaces a partir de un contacto a través de redes sociales a instancia de Adoracion . En fin, todas estas indicaciones carecen de trascendencia que aquí importan por una razón esencial : no ponerlo en relación precisamente con uno de los síntomas del DIRECCION001 que es la difícil comprensión y expresión verbal y que en el caso de Adoracion concreta su psiquiatra Dra. Mariola , informe que este perito ni refiere ni cuestiona su contenido, por lo que difícilmente puede ser válida su primera conclusión (página 15 informe) cuando señala que se aprecian elementos en el discurso de Adoracion que " no respetan, posiblemente, las reglas de la lógica" sin añadir de que lógica se trata : la de mayores, la de menores, o la de las personas afectas de la patología que presenta Adoracion , objeción que también debe extenderse a la siguiente conclusión del perito sobre los flashbacks o reviviscencias , o cuando señala que la conducta " continuada de acicalamiento del pelo que no se ajusta como compatible a la de una persona afectada psicológicamente como ansiedad reactiva y traumática" : nuevamente formula el perito una interpretación de lenguaje gestual que es equívoco por tener varias interpretaciones, pues justamente lo que el perito califica como "acicalamiento" puede deberse también a una situación de ansiedad o nerviosismo. Para terminar, en su conclusión última del Dr. Nemesio , después de las generalidades efectuadas, sin poder pronunciarse sobre si Adoracion es manipuladora, resulta muy poco precisa: " parece compatible con que no resulta creíble siendo probable que no se ajuste a la realidad" .

Como avanzamos, se estima, por tanto, que la acusación cubre las exigencias que se imponen para desvirtuar la presunción de inocencia, acreditando tanto los hechos como la participación del acusado en los mismos, excluyendo por lo razonado anteriormente la hipótesis alternativa ofrecida por la defensa que se limita a negar lo sucedido, apoyado con la pericial que niega veracidad a lo relatado por Adoracion que no tiene virtualidad para desacreditar su declaración y, mucho menos, para afirmar que lo declarado por el procesado es cierto , atendido la valoración de toda la prueba practicada.

Segundo.- *Tipificación penal de los hechos.*

El MINISTERIO FISCAL calificó los hechos como constitutivos de dos delitos continuados de abuso sexual con penetración y prevalimiento.

Por su parte, la ACUSACION PARTICULAR califica los hechos de idéntica forma respecto a los sucedidos en agosto de 2016, mientras que los califica de agresión sexual continuada los cometidos en julio de 2017 por haber utilizado la fuerza el procesado, sujetando a Adoracion para impedir que ésta accionara el timbre de



alarma que existía en su habitación, si bien de modo alternativo, calificaba estos hechos de abuso sexual tal y como lo formulaba el MINISTERIO FISCAL.

Analizada la prueba estimamos que resulta más acorde con lo sucedido la calificación de abusos sexuales tanto los hechos cometidos en el mes de agosto de 2016 como en el mes de julio de 2017, pues la acusación particular que respecto a estos últimos hechos calificaba como agresión por la fuerza que utilizaba el procesado para impedir que Adoracion accionase el timbre de alarma, es lo cierto que la misma no colma la necesaria fuerza física que se aplica sobre el cuerpo de la víctima de manera que entre este y la relación exista una conexión de modo que el acto de contenido sexual no se hubiera producido sin el recurso de la violencia, atendidas la narración efectuada por la víctima, pues entendemos que en las circunstancias en que los hechos se producían no era necesaria por parte del procesado dicha fuerza más allá de apartar con la mano el brazo de Adoracion para impedir que la misma tocara el timbre, es decir, no estimamos que dicho acto sea capaz de suponer la violencia para doblegar la voluntad de Adoracion. No es discutible el inequívoco contenido sexual de los actos ejecutados, consistentes en penetrar anal y vaginalmente, así como felaciones a los que sometió a Adoracion así como el propósito libidinoso que inspiró la actuación del procesado. Incluidos por tanto en el subtipo agravado del nº 3, cuando el abuso sexual "consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías", que incorpora un plus de antijuridicidad por el especial alcance sexual del comportamiento. Y fueron ejecutados cumplidos los 13 años y antes de cumplir los 16 en el año 2016 y menor de edad en el año 2017. Y en ambos casos concurre el subtipo agravado del número 4 d): "Cuando para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima", superioridad que deriva de la posición del deber asistencial de Santos respecto a Adoracion y la vulnerabilidad de la misma como ha quedado sobradamente acreditado; en suma, el acusado se aprovecha para la ejecución de los hechos de contenido sexual de una relación que otorga superioridad al sujeto activo sobre la menor derivada de su relación profesional por la que debía prestar asistencia y protección, además de la diferencia de edad entre el procesado y Adoracion

Por otro lado, los abusos tanto realizados en el año 2016 como en el año 2017 lo fueron con carácter de delito continuado; al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no exceptúa de la figura del delito continuado las infracciones contra la libertad sexual aunque las mismas ofenden, evidentemente, bienes eminentemente personales; pero es preciso, de acuerdo con la definición que del mismo ofrece el artículo 74.1 del Código Penal, que el autor realice la pluralidad de acciones "en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"; y tratándose de atentados contra la libertad sexual, es necesario además que las acciones incidan sobre un mismo sujeto pasivo con el que el autor establece una abusiva relación sexual, duradera en el tiempo, en la que no es fácil particularizar los diversos episodios en que la misma se concreta. Sentado lo anterior, todas éstas exigencias concurren en el presente caso puesto que los encuentros sexuales que el acusado mantuvo con Adoracion cumplían con aquella misma finalidad de carácter sexual, tratándose de actos plurales, diversos, repetidos, debiendo añadir que la sentencia del TS 77/2012, de 15 de febrero dice en relación con el delito de abusos sexuales que para apreciar la continuidad delictiva prevista en el artículo 74.3 CP, cuando el acto sexual tenga como sujeto pasivo la misma persona y se repita de manera casi seguida o inmediata y ello acontezca con motivo de la misma ocasión y en análogas circunstancias de tiempo y lugar, no se requiere la concreción de las veces en que se produjeron las relaciones para apreciar una continuidad delictiva.

Ahora bien, se rechaza la calificación pretendida por las acusaciones, tanto la pública como la particular que interesaban se apreciara dos delitos continuados independientes, uno por los hechos ocurridos en el mes de agosto de 2016 y otro por los ocurridos el mes de julio de 2017, entendiéndose que ambos periodos deben ser agrupados en un único delito continuado.

En nuestro caso, concurre en el procesado el dolo propio de la continuidad delictiva, pues lo que realmente hace es aprovechar la idéntica ocasión que se le presenta y que solo se da los días de agosto de 2016 y de julio de 2017 referenciados en los hechos probados que es cuando Adoracion acude al centro donde el trabaja, sin que conste otras estancias entre estos dos periodos. Es decir, lo que ocurre en el mes de julio de 2017 es una nueva actividad movido por una renovada voluntad o decisión criminal al concurrir idéntica circunstancia que en el mes de agosto de 2016 y que impide la unidad natural de acción pero no la continuidad delictiva que abraza los dos periodos comprendidos en menos de un año natural, tratándose de acciones sucesivas que integran un tipo independiente cada una enlazadas por el nexo propio de la continuidad de conformidad con lo establecido en la STS 553/2000 de 4 de abril.

Cuarto.- *Autoría y participación.*

De los dos delitos mencionados, Santos es responsable en concepto de autor (art. 27 y art. 28, párrafo primero, del C. Penal), por haber realizado material, directa y voluntariamente los elementos integrantes del tipo



#### Quinto.- *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*

Ninguna de las acusaciones ni tampoco la defensa interesaron la aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, limitándose el MINISTERIO FISCAL a negar la eventual concurrencia de la atenuante de reparación del daño por el hecho de que los responsables civiles, con anterioridad al día del juicio, hubieran satisfecho las cantidades solicitadas en concepto de responsabilidad civil por los acusados. Ciertamente, recuerda el reciente ATS de 19 de febrero de 2019 con cita de la STS 540/2013, de 10 de junio, que "el elemento sustancial de esta atenuante, desde la óptica de la política criminal, radica pues en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante. Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad ( SSTS 285/2003, de 28-2 ; 774/2005, de 2-6 ; y 128/2010, de 17-2 )". En el presente caso al no ser el responsable del hecho delictivo quien realiza el pago, sino las aseguradoras es llano que dicho responsable no puede aprovecharse de un acto que personalmente no ha realizado, ajeno por tanto a la finalidad que inspira la citada atenuante.

#### Sexto.- *Determinación de la pena*

El artículo 181.1.2.3.4 y 5 del Código Penal impone preceptivamente que la pena de 4 a 10 años deban imponerse en su mitad superior lo que supone que la pena debe ir de siete años y un día de prisión a diez años; pero además, debemos aplicar las reglas del delito continuado previstas en el art.74 del mismo Código Penal que obliga nuevamente a imponer la pena en su mitad superior, facultando para llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

En el presente caso, si bien no estimamos que existan condiciones para imponer la pena superior en grado, si que la pena, conforme a las dos reglas penológicas señaladas, deberá alcanzar los diez años de prisión, teniendo en cuenta la reiteración de la conducta, los distintos tipos de abusos sexuales cometidos, con introducción anal, vaginal y bucal así como el momento en que los mismos se realizaban, es decir, de noche y madrugada cuando la menor debería sentirse segura y a salvo en este tipo de residencias donde los hechos ocurrieron.

Procede imponer además, en aplicación de lo dispuesto en el artículos 48 y 57 del Código Penal, la prohibición a Santos de acercarse a un radio inferior a 500 metros de Adoracion, o a su domicilio, colegio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar que frecuente y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio durante 10 años

En aplicación del artículo 192.1.3 del Código Penal procede imponer a Santos la medida de libertad vigilada durante un periodo de 6 años que se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 106.2 del CP. No habiendo concretado el Ministerio Fiscal en que debe consistir la libertad vigilada ( artículo 106.1 del Código Penal ) se difiere su concreción al momento de ejecución de la sentencia.

#### Séptimo.- *Responsabilidad civil*

No procede pronunciarse sobre responsabilidad civil al haber sido satisfechas por las responsables civiles con anterioridad al juicio.

#### Octavo.- *Costas procesales*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal, en concordancia con los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables del delito o falta, debiendo por ello ser condenado Santos al pago de las costas del presente procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

### FALLO

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Santos como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual de los artículos 181.1.2.3 y 4 en relación con el art. 180.1.3ª en relación con el art. 74, todos del Código Penal, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISION, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo



durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse en una distancia no inferior a 500 metros a Adoracion a su domicilio, centro educativo al que acuda y lugar en que se encuentre, y de comunicación con la misma por cualquier medio, todo ello durante el plazo de 10 años.

Asimismo se impone al condenado la medida de libertad vigilada por un periodo de 6 años.

Todo ello con imposición al condenado de las costas causadas de este procedimiento, incluidas las de la acusación particular..

Abónese al procesado todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa, lo cual será aplicado al cumplimiento de la pena impuesta.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme, al haber contra ella recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya a interponer en el plazo de los diez días siguientes a la última notificación, mediante escrito suscrito por abogado y procurador.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo correspondiente, lo acordamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada en el mismo día de su fecha por el Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENTRAL