



Roj: **SAP B 6387/2019 - ECLI: ES:APB:2019:6387**

Id Cendoj: **08019370062019100254**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **6**

Fecha: **08/04/2019**

Nº de Recurso: **13/2017**

Nº de Resolución: **229/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **JOSE LUIS RAMIREZ ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN SEXTA

Procedimiento ordinario 13/2017

Sumario 1/2016

Juzgado de Instrucción 5 DIRECCION000

S E N T E N C I A

Tribunal

D. Jorge Obach Martínez

D. José Antonio Rodríguez Sáez

D. José Luis Ramírez Ortiz

En Barcelona, a 8 de abril de 2019.

Vistos ante esta Sección, en juicio oral y público, los autos seguidos por un delito de abusos sexuales sobre menor de edad, en los que aparecen como:

Acusación Pública: El ministerio Fiscal.

Acusación particular: La representación legal de D^a. Teresa , representada por el Procurador Sr. Carretero García y defendida por el Letrado Sr. Remola Navarro.

Acusado: D. Carlos Daniel , representado por el Procurador Sr. Del Barrio Estevez y defendido por el Letrado Sr. Trujillo Díaz.

Ha sido ponente el magistrado José Luis Ramírez Ortiz, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 25 de marzo de 2019 se ha celebrado el acto del juicio oral con asistencia de todas las partes.

SEGUNDO.- Tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas que no fueron renunciadas, en trámite de conclusiones definitivas:

a) El ministerio Fiscal ratificó las provisionales interesando la condena del acusado como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales cometidos sobre menor de 16 años del artículo 181.1 y 3 CP , con acceso carnal por vía bucal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de 12 años de prisión, inhabilitación absoluta durante la condena, y la pena accesoria de prohibición



de aproximación a Teresa en una distancia no inferior a 1000 metros así como de su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar frecuentado por ella, así como la prohibición de comunicación por cualquier medio por un tiempo superior a 5 años a la pena de prisión impuesta. De conformidad con el artículo 192 del Código Penal, solicitó la imposición de la medida de libertad vigilada durante 8 años, a ejecutar con posterioridad a la pena de prisión, y que consistirá, de conformidad con el artículo 106 e), f) y j) en la prohibición de aproximación en una distancia no inferior a 1000 metros de la víctima, de su domicilio, centro de estudios o lugares frecuentados por ella así como la prohibición de comunicación por cualquier medio, y la obligación de someterse a programa de educación sexual. Asimismo, de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal, solicitó la imposición de la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 3 años superior a la pena privativa de libertad. Por vía de responsabilidad civil solicitó que indemnice a Teresa en la cantidad de 30.000€ por los daños morales, con aplicación del interés legal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) La acusación particular calificó los hechos del mismo modo y solicitó las penas de 12 años de prisión e inhabilitación absoluta durante la condena, prohibición de aproximación a la víctima a una distancia no inferior a 1.000 metros, así como a su domicilio, centro escolar o educativo, lugar de trabajo y cualquier lugar frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicación por cualquier medio por un tiempo superior a 5 años a la pena de prisión impuesta. Asimismo, solicitó la medida de libertad vigilada durante 8 años, que se ejecutará con posterioridad a la pena de prisión, y que consistirá en la prohibición de aproximación en una distancia no inferior a 1000 de la víctima, de su domicilio, centro de estudios, lugar de trabajo o lugares frecuentados por ella así como la prohibición de comunicación por cualquier medio, y la obligación de someterse a programa de educación sexual. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 192.3 del Código Penal, solicitó la imposición de la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo superior de 3 años superior a la pena privativa de libertad. Retiró de modo expreso la petición de responsabilidad civil y solicitó la imposición de las costas del juicio al acusado, incluyendo las de la acusación particular.

TERCERO.- La defensa del acusado, elevó a definitivas las conclusiones provisionales solicitando su libre absolución. Oído el acusado, se declararon los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- En el año 2008, las familias de Carlos Daniel, nacido el día NUM000 de 1993, y Teresa, nacida el día NUM001 de 2002, dada la relación de amistad que tenían, y siendo compatriotas uruguayos, convivieron durante una temporada en el mismo domicilio en la localidad de DIRECCION000. Tras esa convivencia, Teresa y su familia pasaron a residir en una vivienda separada en la misma población, manteniendo la relación de amistad. Con posterioridad, en el año, 2013, Teresa se mudó con su familia a Alicante. En las Navidades de 2013, Teresa, su hermana y su madre, viajaron a DIRECCION000 y pasaron unos días en el domicilio de Carlos Daniel y su familia, sito en RONDA000 nº NUM002 de dicha localidad.

SEGUNDO.- Un día, comprendido entre los días 22 y 26 de diciembre de 2013, a mediodía, en el señalado domicilio, Carlos Daniel cogió de la mano a Teresa y la llevó al cuarto de baño ubicado en la planta NUM003. Una vez ambos en el interior, Carlos Daniel se bajó los pantalones y le pidió a Teresa que le chupara el pene, manifestándole: " *Ya sabes lo que tienes que hacer* ", lo que ésta hizo, introduciéndoselo en la boca.

TERCERO.- Teresa fue diagnosticada de DIRECCION001 con una pérdida de peso inicial de 13 kilogramos y trastorno de conducta consistente en irritabilidad, negativa a la ingesta y gesto autolesivo, enfermedad que debutó en el mes de julio de 2015.

Tuvo que ser ingresada en diversas ocasiones en el servicio de psiquiatría infanto-juvenil del Hospital DIRECCION002 de DIRECCION003. Así, entre los días 11 de agosto y 14 de septiembre de 2015, 22 de marzo y 21 de abril de 2016, y en el año 2017. Igualmente, fue ingresada por períodos más cortos y atendida en consultas de día en el Hospital DIRECCION004 de Alicante en diversas ocasiones en los años 2015 y 2016. Posteriormente, ha seguido tratamiento ambulatorio en el Centro de Salud Mental Infantil de DIRECCION005.

CUARTO.- Los hechos sucedidos en las Navidades de 2013 tuvieron incidencia en los referidos trastornos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Hipótesis en liza* 1.1. Las hipótesis acusatorias son coincidentes en lo sustancial. Con arreglo a las mismas, el día 24 de diciembre de 2013 (según el Ministerio Fiscal) o un día no determinado exactamente de dicho mes pero, en todo caso, en las vacaciones de Navidad (según la acusación particular), el acusado,



Carlos Daniel , nacido el NUM000 de 1993, aprovechando que Teresa , nacida el NUM001 de 2002 y que tenía 11 años de edad, había acudido de visita junto con su familia a pasar las festividades en el domicilio sito en RONDA000 nº NUM002 de DIRECCION000 en el que aquél vivía con sus familiares, en un momento dado en el que las personas que estaban en la vivienda se encontraban, bien durmiendo la siesta, bien ausentes, llevó a Teresa al baño de la planta NUM003 . Una vez ambos en su interior, Carlos Daniel se bajó los pantalones, pidió a Teresa que se agachara y le ordenó que le chupara el pene. Fruto de estos hechos, Teresa sufrió DIRECCION001 con una pérdida de peso inicial de 13 kilogramos y transtorno de conducta consistente en irritabilidad, negativa a la ingesta y gesto autolesivo, que se inició en el mes de julio de 2015.

1.2. La defensa, por su parte, reconoce la existencia de una relación entre las familias de Carlos Daniel y Teresa y el hecho de que coincidieran en la vivienda en las Navidades de 2013, pero niega la existencia de abusos sexuales.

1.3. Antes de analizar el respaldo que las hipótesis sometidas a verificación encuentran en la prueba practicada es preciso señalar que durante la instrucción se investigaron una pluralidad de hechos presuntamente constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales que, al parecer, habría cometido Carlos Daniel sobre Teresa , hechos que arrancaron en el año 2008 y que se prolongaron hasta 2011, ambos inclusive, y que habrían tenido lugar en el domicilio que las familias de ambos compartían y en los que residieron juntas durante una temporada y en otros lugares. Tales hechos no son objeto de enjuiciamiento en esta causa pues en dicho período el acusado era menor de edad, y se encuentran pendientes de juicio ante la jurisdicción de menores. Sólo un hecho episódico ha sido desgajado de tal causa y sometido a nuestra consideración: el pretendidamente acontecido en las Navidades de 2013 en el domicilio sito en RONDA000 nº NUM002 de DIRECCION000 , época en la que Carlos Daniel tenía 20 años de edad y Teresa , 11 años. Esta circunstancia es relevante desde el punto de vista probatorio, pues aunque no nos corresponda pronunciarnos sobre la realidad de los hechos que no constituyen el objeto de nuestro juicio, es inevitable que la prueba se haya proyectado sobre la totalidad de los hechos, dada la relación existente entre las personas implicadas, y la imposibilidad de segmentar sus relatos. En cualquier caso, como es obvio, lo que resolvamos en este procedimiento en modo alguno prejuzga o condiciona lo que se resuelva en el que se sustanciará ante la jurisdicción de menores, cuyo resultado dependerá del material probatorio que se produzca en su momento y de la valoración que el juez competente haga de él.

SEGUNDO.- Valoración probatoria. 2.1. El primer hecho declarado probado no resulta controvertido. La relación entre Carlos Daniel y Teresa y las familias de ambos queda debidamente justificada a través de las declaraciones que los testigos, parientes de uno y otra, realizaron en el plenario así como de las manifestaciones de ambos. Igualmente, el dato de que coincidieron en las Navidades del año 2013 también es pacífico. Cuestión distinta son los concretos días de coincidencia, si bien a ello nos referiremos más adelante.

2.2. El hecho tercero declarado probado tampoco resulta controvertido. La justificación probatoria del mismo resulta de la documental clínica aportada a la causa (folios 99 y ss y 159 y sss), y de la declaración del Doctor Sr. Gervasio , psiquiatra del DIRECCION002 de DIRECCION003 que atendió a Teresa durante dos de sus ingresos, en el año 2016 y en el 2017.

2.3. Los hechos discutidos (hechos probados segundo y cuarto) los estimamos suficientemente acreditados sobre la base del cuadro probatorio, que no se reduce en exclusiva a la declaración testifical de Teresa , sino que se compone de otros medios de prueba que aportan datos informativos relevantes que prestan suficiente corroboración al testimonio de aquélla. Ciertamente, a la vista del contenido de las hipótesis en liza, los medios de prueba primarios no pueden ser otros que las declaraciones de Teresa y de Carlos Daniel , de modo que la justificación de dichas hipótesis dependerá del valor acreditativo que les otorguemos. Por su parte, el resto de pruebas, consideradas secundarias, carecen de virtualidad acreditativa, por sí mismas, pero suministran información de relevancia para corroborar los medios primarios.

2.4. Siendo así patente la trascendencia probatoria del testimonio de la menor, que se convierte en elemento nuclear del cuadro probatorio, la valoración del mismo ha de realizarse partiendo de los presupuestos metodológicos perfilados por la que, a nuestro juicio, constituye la buena doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Buena doctrina, perfectamente consolidada y no coincidente con algunas de las afirmaciones contenidas en algunas de las recientes sentencias de la Sala (Roj: STS 2003/2018, de 24 de mayo, Roj: STS 2182/2018, de 13 de junio, y la última, STS 119/2019, de 6 de marzo). En concreto, las dos primeras señalan que la declaración testifical de la persona que afirma haber sido víctima tiene un valor privilegiado, enunciado de difícil compatibilidad con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En cuanto a la tercera, destaca que es especialmente relevante para el juzgador lo que dicha resolución denomina " *lenguaje gestual de convicción* ", elemento que, según se sostiene, " *... es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal* ". Sin embargo, es sabido que los aspectos personales relativos al testigo, ajenos a



la calidad de la información verbal que proporciona, tales como su apariencia física, disposición, gestualidad, seguridad o nerviosismo, que tradicionalmente se han sobrevalorado por un mal entendimiento del principio de intermediación, no sólo son equívocos, como enseña la psicología del testimonio, sino que, además, no son controlables intersubjetivamente, por lo que no satisfacen las exigencias motivadoras que impone el artículo 24.2 CE. Ello no significa que lo gestual no juegue un papel en el marco del juicio oral con intermediación, pero tal papel lo desempeña fundamentalmente para la acusación y la defensa, en tanto el nerviosismo o la inseguridad de la persona que declara ante una pregunta comprometedora puede ser un indicador para el interrogador de que debe insistir en la línea de interrogatorio abierta; pero el juzgador ha de atenerse a los aspectos semánticos, al contenido narrativo del discurso.

Nos parece, así, más certera, la doctrina de la Sala que en las últimas dos décadas ha venido fijando los parámetros desde los cuales debe valorarse la "credibilidad" de quienes afirman ser víctimas: la "ausencia de incredibilidad subjetiva", la "verosimilitud" y la "persistencia en la incriminación". Desde entonces, y con alguna modificación terminológica en función del ponente que redacta la resolución, los ítems a valorar han sido los siguientes:

- a) La credibilidad subjetiva, que se acostumbra a constatar, además de por algunas características físicas o psíquicas singulares del testigo que pudieran debilitar su testimonio (discapacidades sensoriales o psíquicas, edad, etc), por la concurrencia 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).
- b) La verosimilitud del testimonio, ámbito en el que se considera fundamentalmente la coherencia interna del relato o la lógica o plausibilidad de la declaración, y la existencia de datos objetivos periféricos corroboradores, y
- c) La persistencia en la incriminación, donde se examina la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones del testigo, la concreción en la declaración (sin vaguedades o ambigüedades) y la ausencia de contradicciones entre las distintas declaraciones.

En todo caso, la propia Sala ha aclarado que se trata de criterios a valorar que han de ser convenientemente contextualizados a la luz de las circunstancias del caso concreto, de modo que ni la concurrencia de todos ellos significa siempre y necesariamente que haya de otorgarse valor de cargo al testimonio ni la ausencia de uno de ellos invalida el testimonio o le priva de aptitud probatoria. Cabe señalar así que a los juzgadores nos corresponde valorar esos ítems, pero que no puede establecerse de antemano el sentido de la valoración, pues ello dependerá del conjunto de circunstancias concurrentes, del resto de elementos probatorios y de la calidad de las inferencias realizadas tanto para determinar la relevancia del medio de prueba, como para determinar su fiabilidad, como para conectar los elementos probatorios entre sí y con la hipótesis a probar.

2.5. En el presente caso la declaración testifical de Teresa se preconstituyó en fecha 23.9.16, cuando la menor contaba con 14 años de edad (folios 193 y ss). La exploración se realizó utilizando la denominada "cámara Gesell", en las dependencias del EATP penal, en una habitación acondicionada para permitir la observación con personas, y conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral. Se grabó la imagen y el sonido, y el juez instructor, el ministerio fiscal, el acusado, entonces encausado, y su letrado, pudieron ver y oír lo que la menor explicaba a los peritos expertos psicólogos, e introducir preguntas a través de aquéllos, con lo que no hubo merma alguna de contradicción.

Esta técnica de interrogatorio permite minimizar el riesgo de bloqueo en las declaraciones de los menores de edad así como paliar la posible victimización secundaria, inherente a todo contacto con el sistema procesal, y cuenta con el soporte legal que explicita el artículo 433.3 Lecrim: "*En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible*".

Reproducida la grabación en el acto del plenario, consideramos que la misma es especialmente coherente, en tanto refiere varias acciones centrales que resultan fácilmente identificables y que se encuentran asociadas a un contexto que proporciona una explicación aceptable del comportamiento de quienes intervienen en ellas y que, además, dispone de corroboraciones externas. Nos centraremos en el primer aspecto, y examinaremos más adelante tales corroboraciones.



- a) En primer lugar, el testimonio de la menor presenta trazos de persistencia y coherencia incriminatoria con el contenido de la declaración prestada en sede policial. Hay, en suma, coincidencia sustancial.
- b) Además, no apreciamos ningún ánimo espurio en ella. Nos encontramos ante dos familias que habían mantenido una estrecha relación de amistad, hasta el punto de haber convivido en la misma vivienda durante una temporada y que, tras la separación de domicilios, conservaron la amistad. Así, ni Teresa ni ninguno de los testigos, ni siquiera el propio acusado introdujo algún dato o hecho que pudiera generar una duda acerca de la existencia de motivos de resentimiento, enemistad o venganza. Desde este punto de vista, no hay razones para dudar de la sinceridad de la testigo.
- c) El relato de la menor, su descripción de los hechos, tiene una estructura lógica en la que encuentran encaje todos los datos aportados. Así narra el inicio de los abusos y el proceso gradual de sometimiento a la acción del agresor. Igualmente, se advierte la presencia de anclajes espacio- temporales, por referencias a lugares y momentos concretos, con el detalle, respecto del factor temporal, que puede exigirse a una persona que comenzó a sufrir dichos abusos cuando contaba tan solo con 6 años de edad. Efectivamente, valoramos en la presente resolución el contenido íntegro del relato de la menor, pues aunque normativamente sólo resulte de interés subsuntivo el episodio de las Navidades del año 2013 ello no significa que históricamente podamos prescindir del resto del relato. Y, desde esta perspectiva cabe señalar:
- c1.- La presencia de interacciones con Carlos Daniel y con terceros, reproduciendo conversaciones mantenidas con él y los estados mentales subjetivos de ambos. Así, Teresa relata cómo el acusado en una ocasión trajo un amigo a casa y le contó lo que hacía con ella, estando aquella presente, tras lo que el acusado "se puso a reír". Y cómo otro día que iban juntos a comprar comida, Carlos Daniel le contó los abusos a que la sometía a otro amigo, quien le dio una palmada como gesto de complicidad. También refiere cómo Carlos Daniel, al principio, abusaba de ella de diversas formas, pidiéndole que le chupara el pene, y que ella lo hacía pero no sabía qué significado tenía su conducta. Matiza que, pasado el tiempo, cuando ella comenzó a pensar que lo sucedido no era normal, Carlos Daniel le decía que si no hacía lo que le pedía, se lo contaría a su madre, y que ésta se enfadaría. Y que, más adelante, cuando Teresa contaba con más edad le amenazaba con divulgarlo todo, por lo que ella accedía a lo que le pedía por vergüenza a que sus padres se enterasen. Del mismo modo refiere que un día, cuando ella se bañaba, Carlos Daniel abrió la puerta del aseo, entró y comenzó a manosearla por todo el cuerpo, lo que no le gustó, ya que lo encontró "asqueroso". Además, en concreto, y por lo que respecta al episodio que nos ocupa, Teresa manifiesta que cuando Carlos Daniel la cogió para llevarla al baño ella estaba "débil", pues se encontraba enferma.
- c2.- La presencia de detalles superfluos, pero que añaden verosimilitud al relato (la descripción del terminal telefónico de color rojo con el que Carlos Daniel le hacía fotos).
- c3.- La debida contextualización (v.gr. cuenta que cuando tiene lugar el suceso que enjuiciamos, ella estaba enferma, que se encontraba en el sofá del salón, donde dormía con su madre y con su hermana, sola a mediodía, pues aquella había salido para comprar algunas cosas, y que, aprovechando esa circunstancia, el acusado la llevó al baño, se bajó los pantalones, le pidió que se agachara, que le chupara el pene y que, cuando terminó, ella fue a lavarse los dientes mientras que el salía del aseo y le decía que esperase un poco antes de salir, para no ser descubiertos por los demás).
- c4.- La progresión en la conducta del acusado se evidencia respecto del episodio que nos ocupa, pues la menor manifiesta que aquél le dijo, tras bajarse los pantalones: "Ya sabes lo que tienes que hacer".
- c5.- La presencia de detalles compatibles con las características del acto sexual realizado. Así, manifiesta que, después de chuparle el pene, ella solía ir al baño a lavarse la boca. O que, tras tocarle el pene a aquél y masturbarle, ella se marchaba a lavarse las manos. O también que, tras haberle introducido aquél el pene en la vagina y cuando terminaba la interacción, por decir él "para, para", ella se sentía "mojada", "como si me hubiera hecho pis".
- c6.- La existencia de complicaciones inesperadas para el plan del agresor. Así, refiere cómo un día Carlos Daniel la llevó, como en otras ocasiones, al escritorio y la sentó sobre él, pero que, como apareció su hermana, Carlos Daniel la empujó para separarla y que ella no se diera cuenta.
- c7.- No se aprecian incongruencias ni contradicciones en los elementos esenciales (el acusado le pedía que le chupara el pene, en otras ocasiones le pedía que le masturbara y en tres ocasiones le introdujo el pene en la vagina).
- d) Del mismo modo que no se detectan motivos espurios en el testimonio, tampoco consta que el relato de la menor se debiera a la sugestión de terceros, pues ni durante la exploración los peritos introdujeron informaciones nuevas ni consta que la madre de Teresa u otro familiar incidiera en ella de forma invasiva. De hecho, la verbalización de lo sucedido tiene lugar, por vez primera durante el segundo ingreso clínico en el



Hospital DIRECCION002 de DIRECCION003 , como relató el psiquiatra Sr. Gervasio , lo que tuvo lugar de forma espontánea después de varios días de ingreso. Con ello entramos en los elementos de corroboración del testimonio.

2.6. Según refiere el Dr. Gervasio , sobre cuya imparcialidad no albergamos duda alguna, trató a Teresa en dos ingresos, en los años 2016 y 2017. En el primer ingreso (el segundo en dicho centro, ya que el primero tuvo lugar en 2015), señala que Teresa fue derivada pues se apreció que en su enfermedad (DIRECCION001) predominaban los componentes psíquicos sobre los orgánicos. No se trataba de un simple trastorno alimentario, según refiere. Dijo que Teresa al inicio exteriorizaba una hostilidad anormal, y mala relación con su madre, conducta que podía sugerir algún problema de fondo. Manifestó que, después de unos días, de forma espontánea, comenzó a relatar los abusos sufridos (aquí coincide el relato de Teresa , que refirió cómo explicó por vez primera lo que le sucedía, y el del perito), y concluyó que el relato que realizó, que, a juicio del psiquiatra era coherente y no presentaba signos de fabulación, justificaba perfectamente la clínica observada. En concreto, la hostilidad hacia los demás y, particularmente hacia su madre, por no haber impedido los abusos, aun no siendo ésta responsable por ignorarlo. Del mismo modo, la DIRECCION001 es una reacción relativamente frecuente y subsiguiente a episodios de abusos sexuales. El Dr. aclaró que no era especialista en psicología del testimonio, pero también que trató a la menor durante los 45 días aproximadamente que estuvo ingresada en los dos años, y que no le pareció, conforme a su experiencia clínica, que inventara su relato. En apoyo de la hipótesis de la conexión entre los abusos y las dolencias psíquicas de la menor, cabe añadir que el propio Dr. Gervasio refirió que, tras narrar lo que le había ocurrido, Teresa experimentó una gran mejoría, como si sintiera alivio. También dijo que mejoró la relación con su madre al darle el alta.

Efectivamente, el perito señaló que la clínica de la paciente podía ser compatible con otra etiología, pero lo cierto es que, a la vista de todos los datos disponibles, estimamos que se trata de la mejor inferencia posible, pues no se han identificado otras razones explicativas. Por otro lado, nos parece irrelevante que en el informe que obra a los folios 103 y ss se indique que los abusos provenían de " *un cuidador 10 años mayor que ella aproximadamente cuando residía en la provincia de Barcelona* ", pues lo cierto es que esa es la diferencia de edad entre ambos y que, dado el trato y relación que existía entre ambos, Teresa pudo haber empleado una palabra que el perito interpretara en clave de que el agresor tenía a la menor a su cuidado, lo que, en cierto sentido, se ajusta a la realidad, dada la convivencia estrecha.

Por otra parte, en la medida en que nos limitamos a enjuiciar un solo incidente, no podemos afirmar en sede de hechos probados que éste fuera el causante de la enfermedad, pero sí que fuera un factor acumulativo o una concausa. Ello nos lleva a otro elemento corroborador.

2.7. La madre de Teresa , Noemi , manifestó que, tras las Navidades de 2013, aquélla comenzó a decirle que no quería volver a pasar las vacaciones con Carlos Daniel y su familia, y de hecho, hubo unas vacaciones (2014 o 2015) que Teresa decidió pasarlas con su padre y no con su madre y Carlos Daniel y su familia. Así, el hecho de que rehusara volver a coincidir con Carlos Daniel es compatible con una toma de conciencia gradual sobre la entidad de lo acontecido vinculada a la entrada de Teresa en la adolescencia. Por otro lado, Noemi dijo que cuando Teresa le contó lo que había sucedido, insistía en que no quería romper la familia, que quería mucho a los padres de Carlos Daniel , y que no deseaba perjudicarle. También dijo que sentía muchísima vergüenza y que le manifestó que no había dicho nada antes porque Carlos Daniel la amenazaba. La verbalización de la vergüenza y del temor a causar dolor a la familia de Carlos Daniel son evidentes signos de credibilidad subjetiva. La vergüenza intensa y el sentimiento de culpa son, además, frecuentes en menores víctimas de abusos sexuales, pues, precisamente por su falta de autonomía y desarrollo personal cuando sufren los hechos son incapaces de verbalizar o exteriorizar entonces una oposición, por lo que cuando crecen y comprenden la significación de lo sucedido se reprochan no haber obrado en el pasado de otro modo pues creen, erróneamente, que actuaron voluntariamente.

Vemos, pues, coincidencia entre la declaración de la menor, la prueba pericial, la documental clínica y las manifestaciones de la madre, tanto como testigo directo, por lo que respecta a los hechos de percepción inmediata, como de referencia, por lo que respecta a los hechos que le explicó Teresa , pues lo que le refirió resultó coincidente con lo que Teresa relató.

En cuanto al concreto episodio enjuiciado, Noemi corroboró las manifestaciones de la menor, de que ésta enfermó durante las Navidades en DIRECCION000 , y que se encontraba debilitada, así como que Teresa permaneció en el salón, donde dormían aquélla, su hermana y la propia Noemi . La documental clínica obrante al folio 241 así lo justifica (la menor fue atendida el día 29 de diciembre de 2013, por su estado febril, diagnosticándose vulvitis candidiásica).

Por último, partimos de la credibilidad subjetiva de las manifestaciones de Noemi , quien evidenciaba sentirse incómoda y triste por tener que intervenir en un proceso entablado contra un miembro de una familia con



la que siempre habían tenido una buena y estrecha relación. En esta línea, que en el acto de la vista, como cuestión previa, la acusación particular renunciara al ejercicio de la acción civil patentiza la ausencia de interés crematístico.

2.8. A continuación, examinaremos tanto la prueba de descargo como alegaciones, aún no examinadas, que pretenden desvirtuar la prueba de cargo.

2.8.1. Por lo que respecta a éstas últimas, se denuncia que no se realizó informe de fiabilidad del testimonio de la menor por los miembros del EATP penal. Ello es cierto. Por razones que se ignoran, ni el instructor la acordó ni el ministerio fiscal la solicitó. Ahora bien, la ausencia de la misma no nos impide realizar el correspondiente juicio crítico sobre el testimonio de la menor, que sólo a nosotros compete. Este tipo de peritajes constituyen una herramienta auxiliar, que puede aportar información acerca de la existencia de patologías psíquicas que afecten a la fiabilidad del testimonio y máximas de la experiencia con arreglo a las cuales evaluar la consistente y veracidad de la narración de la menor. Pero cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, disponemos de una pericial psiquiátrica especialmente relevante (el especialista estuvo en contacto diario con la menor 45 días) y relativamente próxima al tiempo de la preconstitución probatoria, que no aprecia otra patología que la DIRECCION001 , y somos conocedores, por nuestra experiencia en el enjuiciamiento de casos similares, de las técnicas en que se basan estas pericias (CBCA o análisis del contenido de las declaraciones basado en criterios, y SVA o evaluación de la validez de la declaración) y de los fundamentos científicos y máximas de la experiencia que emplean, estamos convencidos de que la ausencia de dicha pericia, en este concreto caso, no nos genera espacios de duda sobre la fiabilidad del testimonio de Teresa .

2.8.2. Prácticamente toda la estrategia defensiva se ha volcado en el intento de acreditar la inexistencia de ocasión para la comisión del delito, sobre la base de una pretendida imposibilidad material de que Carlos Daniel tuviera momento para coincidir con Teresa esas Navidades, en el tramo temporal que ella relata. Así:

a) Los testigos de la defensa, Celia (madre de Carlos Daniel), Edmundo (padre de Carlos Daniel), Emilio (hermano de Carlos Daniel) e Encarnacion (hermana de Carlos Daniel), manifestaron todos ellos que Teresa , su hermana y su madre llegaron a DIRECCION000 el día 24 y que se marcharon el 26, por lo que sólo pasaron dos noches en su casa. Además, Celia dijo que aquéllas llegaron a mediodía del 24, sobre las 14.00 horas, y que fueron directamente al mercado de Navidad donde ella trabajaba con su esposo y que Carlos Daniel también trabajó ese día. Señaló que Noemi , Teresa y su hermana se marcharon desde el mercado hasta la casa acompañadas por Encarnacion . Finalmente añadió que Carlos Daniel no llegó a casa hasta las 16.30 horas o más tarde, y que su habitación estaba en la planta de arriba, no junto al baño de la planta baja. Edmundo manifestó que llegaron el 24 a mediodía y añadió que él no duerme la siesta y que creía que Encarnacion había llevado a aquéllas a casa desde el mercado. Emilio añadió, además, que Teresa tampoco estuvo a mediodía del 25 en casa, pues se fue a comer con su padre, y dijo que nadie suele dormir la siesta en casa. Encarnacion , dijo lo mismo que Emilio .

La acusación concluye de ahí que lo procedente es absolver por este concreto hecho, pues el ministerio fiscal concretó el día de los hechos en el escrito de acusación (24 de diciembre). Ahora bien, no debemos olvidar que la acusación particular no concretó el día específico, sino sólo el marco temporal (Navidades de 2013), en congruencia con la declaración de la menor, a la que no era exigible una exactitud matemática en la cronología de los hechos.

b) Frente a lo anterior, Noemi dijo que llegaron sobre el 22 o el 23, y que se marcharon el 29, si bien Teresa se fue antes, el día 26, con su padre.

c) Pues bien, a la vista de las consideraciones precedentes, aun en el caso de que lo que relatan los testigos de la defensa fuera cierto, los hechos podrían haber tenido lugar a mediodía del 26, pues ninguno de los testigos nos manifestó que Teresa se marchara con su padre antes de ese tramo horario. Pero también podrían haber ocurrido el día 25, pues aunque Teresa se marchara a comer con su padre, la expresión "mediodía" carece de la precisión suficiente como para excluir, que es lo que pretende la acusación, la posibilidad de coincidencia, pues si el mediodía abarca convencionalmente la hora en la que el sol está en el punto más alto de su elevación sobre el horizonte que comienza sobre las 12.00 horas, aquélla pudo marcharse con el padre a las 14.00 y haber tenido lugar los hechos a las 12.00 o a las 12.30 o 13.00 horas. Pero, además, no nos parece regular ni habitual que el día 25 Teresa se marchara a comer con su padre si había llegado el 24 a mediodía y tenía que marcharse el 26 si es que había acudido a DIRECCION000 con su madre y hermana para visitar a la familia de Carlos Daniel . Por otro lado, este dato, el encuentro con el padre el día 25, ni ha sido afirmado por Noemi ni por Teresa .

Finalmente, correlacionando los relatos de Teresa y Noemi , nos parecen más creíbles sus manifestaciones que las de los testigos de descargo, pues algunas de las cosas que refirieron evidencian el fuerte incentivo que tenían para declarar como lo hicieron (lograr la exculpación de un miembro de la familia). Así, manifestaron



que Noemi estuvo en todo momento con Teresa y que siempre la acompañaba al baño, lo que resulta contradictorio con un hecho, congruente con el contexto, narrado por Teresa y Noemi : ésta se marchó un día para comprar algo (medicinas para su hija, dijo Noemi).

2.9. Por último, las manifestaciones del acusado fueron muy sintéticas, con escaso peso informativo y meramente negativas y contradictorias con la declaración sumarial (folios 61 y ss, cuando negó haber visto en las Navidades de 2013 a Teresa , pues la última vez que la vio fue en 2010).

2.10. En definitiva, no se nos plantea una hipótesis alternativa razonable por la defensa, y no hay razones para sospechar de falta de credibilidad de la víctima, siendo que de los medios secundarios practicados no sólo no pueden extraerse elementos que desvirtúen las manifestaciones de la menor, sino que arrojan más elementos de corroboración de la versión de la víctima, y confirman un testimonio ya de por sí creíble tal como se pudo constatar en la grabación visionada en el acto del juicio oral.

TERCERO.- Tipificación penal de los hechos. 3.1. Los hechos declarados probados son constitutivos de un único delito de abuso sexual de los artículos 183.1 y 3 del Código Penal en la redacción vigente en la fecha de los hechos, pues Teresa tenía 11 años en dicha fecha.

3.2. En cuanto a la aplicación del tipo agravado, cabría cuestionarse si la utilización del verbo "chupar" (la menor afirmó que le "chupó" el pene al acusado, y que le dijo que ya sabía lo que tenía que hacer, pues lo había hecho otras veces) implica necesariamente la introducción del objeto en la cavidad bucal. En este sentido, cabría argüir que la conducta pudo consistir en "lamer", lo que impediría la aplicación de la agravación. No compartimos este punto de vista. Chupar, según el DRAE, es sacar o traer con los labios y la lengua el jugo o la sustancia de una cosa, absorber o ejercer atracción, lo que sólo es posible si, al menos parcialmente, aun de modo mínimo, se ha introducido el objeto en la cavidad bucal. Pero no sólo en la acepción del diccionario, también en el uso común. Y el lenguaje del derecho no puede operar a espaldas del lenguaje natural. A nuestro juicio, el término no ofrece ambigüedad. Y menos cuando se alude a contextos sexuales.

CUARTO.- Autoría y participación. Del delito mencionado responde, en concepto de autor, el acusado, conforme dispone el art. 27 en relación con el art. 28 del Código Penal , al haber realizado directa y materialmente todos los elementos integrantes del tipo

QUINTO .- Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal . Pese a que, ciertamente, se produjo una demora durante la fase intermedia (no así durante la instrucción), y que dicha demora se debió a la actuación de este Tribunal que pasó por alto el contenido del escrito del ministerio público de fecha 11.8.17 (folio 10 del rollo), lo que abocó al dictado del auto de 19.10.17 declarativo de la nulidad de actuaciones y la devolución de las mismas a la instructora, una vez devueltas, en el mes de diciembre de 2017, se siguió el trámite ordinario. Por tanto, la demora de 4 meses, sin perjuicio de señalar que no produjo inactividad, carece de entidad suficiente para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas. A tal efecto, hemos de tener presente el acuerdo no jurisdiccional de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Barcelona, a la que esta Sala pertenece, de 12 de julio de 2012, acuerdo que, en síntesis, y como guía, a excepcionar por las particularidades del caso concreto, establece que períodos de parálisis superiores a 1 año y 6 meses determinan la aplicación de la atenuante simple y los superiores a 3 años justifican la aplicación de la atenuante cualificada.

En cualquier caso, ello carece de consecuencias penológicas, dado que aplicaremos las penas en su mínima extensión.

SEXTO.- Determinación de la pena. 6.1. El marco penal disponible se sitúa entre los 8 y los 12 años de prisión. Las acusaciones han solicitado la imposición de las penas en su extensión máxima sin explicitar las razones por las que procede aplicarlas en tal extensión.

Pues bien, si concebimos el derecho penal como una técnica de limitación del poder punitivo del Estado, deviene indispensable una motivación específica de las razones por las que se rebasan los umbrales penales mínimos. Como tiene establecido la jurisprudencia de la Sala II del TS, *"El deber de motivación de la individualización penológica dimana directamente del art. 72 CP e indirectamente de los arts. 120.3 y 24.1 CE . Se intensifica cuando se han de justificar incrementos de pena. Para imponer el mínimo legal una muy poderosa razón es carecer de motivos para toda elevación. No encontrar, ni exponer en consecuencia, razones para otra opción más grave, implícitamente supone un argumento de enorme potencial jurídico: el favor libertatis. En la duda hay que estar por el más amplio grado de libertad. En cambio la elevación de la pena exige siempre una justificación, una explicación que garantice que no estamos ante una decisión voluntarista o arbitraria del Tribunal, sino ante una opción meditada y apoyada en razones que podrán compartirse o no, pero que solo si se exteriorizan pueden ser combatidas "* (STS STS 922/2016).



A la vista de lo expuesto, y no habiéndonos suministrado razones para superar los umbrales mínimos, tomando en consideración la juventud del acusado, estimamos adecuado imponer la pena en su extensión mínima, lo que, en cualquier caso, ya supone una respuesta penológica severa.

6.2. Procede, igualmente, imponer al acusado las penas siguientes:

- a) Inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena;
- b) Prohibición de aproximarse a Teresa , a su domicilio, centro escolar o educativo, lugar de trabajo y cualquier otro frecuentado por ella a una distancia inferior a 300 metros (distancias superiores son difícilmente controlables por el sometido a ella y pueden producir quebrantamientos involuntarios), y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por un plazo de 5 años superior al de la pena de prisión impuesta (por tanto, 13 años), plazo del que habrá de deducirse el ya cumplido como medida cautelar. Para ello, se ha tomado en consideración la gravedad de la conducta ejecutada por el acusado, el perjuicio ocasionado para el desarrollo de la víctima, que podría agravarse de pretender Carlos Daniel tener el menor contacto con Teresa , y la ausencia de perturbaciones para la vida personal del acusado derivada de la imposición de la medida, pues ambos residen en poblaciones separadas muy alejadas geográficamente.
- c) Libertad vigilada por tiempo de 5 años y 1 día, conforme a lo dispuesto en el artículo 192.1 CP , para lo que se toma en consideración la conveniencia de un seguimiento de la evolución del penado tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, tratándose, en todo caso, de medida preceptiva. En cuanto al contenido de la misma, las acusaciones han solicitado que se imponga al acusado la prohibición de aproximación a la víctima y la obligación de someterse a programa de educación sexual. Sin embargo, estimamos prematuro pronunciarnos en este momento sobre el particular, dada la larga extensión de la pena privativa de libertad impuesta, la probabilidad de que el acusado siga en el centro penitenciario cursos formativos a tal efecto, el hecho de que se haya acordado la pena accesoria del artículo 57, lo que privaría de sentido a su superposición con una medida de seguridad, y a la ausencia de elementos de juicio para pronunciarnos sobre el contenido de tales medidas una vez el acusado extinga su pena.

No procede, sin embargo, la imposición de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 3 años superior a la pena privativa de libertad, pues en el presente procedimiento enjuiciamos un solo hecho. Y de la comisión de un solo hecho, tomando en consideración la juventud del acusado, y en ausencia de otros elementos de juicio, normativamente no podemos extraer consecuencias penológicas gravosas de tipo facultativo.

SÉPTIMO.- Responsabilidad civil. 7.1. Los criminalmente responsables de todo delito vienen obligados, por Ministerio de la Ley, al pago de las costas procesales y a la indemnización de la responsabilidad civil derivada de ese delito, conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes del Código Penal .

En tal sentido, la jurisprudencia señala que únicamente aquéllos menoscabos que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse y a cuyo resarcimiento queda igualmente obligado el autor responsable de todo delito o falta. En idéntico sentido, también ha manifestado que la acción civil ex delicto no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en un proceso penal, estando sometida a los principios de rogación, dispositivo, congruencia, y carga probatoria propios de la jurisdicción civil, de tal manera que ha de soportar la carga de la prueba de los daños y perjuicios quien los reclama.

7.2. En el caso que nos ocupa, el Ministerio Fiscal cuantifica la responsabilidad civil en 30.000 euros, por los daños morales ocasionados. Sin embargo, la renuncia a su cobro por parte de la acusación particular, impide el éxito de la pretensión.

OCTAVO.- Costas procesales . De acuerdo con lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta y comprenderán los conceptos que detalla el art. 241 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Vistos los preceptos legales citados y demás de procedente aplicación

FALLAMOS

Condenar a D. Carlos Daniel como autor criminalmente responsable de un delito de abusos sexuales a menor de edad, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de ocho años de prisión, y las accesorias legales de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de prohibición de aproximarse a Teresa , a su domicilio, centro escolar o educativo, lugar de trabajo y cualquier otro frecuentado por ella a una distancia inferior a 300 metros, y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por un plazo de 13 años. Igualmente



se le impone la medida de libertad vigilada por tiempo de 5 años y 1 día, a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, con el contenido que en su momento se precisará.

El acusado habrá de abonar las costas del juicio, incluyendo las de la acusación particular.

Para el cumplimiento de la pena que se impone en esta resolución, le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, así como el tiempo que hubiera estado sujeto a otras medidas cautelares que le sean de abono, si no lo tuviera aplicado en otras.

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dentro de los 10 días siguientes a la última notificación de esta sentencia (artículo 846 Lecrim).

Así por esta nuestra sentencia, cuyo original se unirá al legajo correspondiente y certificación al rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados del margen.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado ponente en el mismo día de su fecha, hallándose constituido en audiencia pública, de todo lo cual doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ