



Roj: **SAP BI 3149/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:3149**

Id Cendoj: **48020370022019100385**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **31/10/2019**

Nº de Recurso: **69/2018**

Nº de Resolución: **74/2019**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **MANUEL AYO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 3149/2019,**
STSJ PV 9/2020

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN SEGUNDA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN ATALA

Barroeta Aldamar, 10-3ª planta - CP/PK: 48001

TEL.: 94-4016663 **FAX:** 94-4016992

NIG P.V. / IZO EAE: 48.06.1-17/003513

NIG CGPJ / IZO BJKN :48044.43.2-2017/0003513

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 69/2018 - X

Atestado n.º / Atestatu-zk.: NUM005

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea*: ABUSO SEXUAL A MENOR DE 16 AÑOS (Violencia doméstica) / (Etxeko indarkeria)

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 - UPAD / DIRECCION000 Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 1 zk.ko Epaitegia - ZULUP Sumario / Sumarioa 409/2017

Contra / *Noren aurka*: Mateo

Procurador/a / *Prokuradorea*: PAULA MARTINEZ DE PANCORBO SANCHEZ

Abogado/a / *Abokatua*: JUAN ARENAZA FERRER

Covadonga en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / *Abokatua*: REBECA AGUINACO LASA

Procurador/a / *Prokuradorea*: NAIA ALTUNA SERRANO

SENTENCIA N.º 74/2019

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

PRESIDENTE D. MANUEL AYO FERNANDEZ

MAGISTRADO D. JUAN MATEO AYALA GARCÍA

MAGISTRADA D.ª MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ SAINZ

En BILBAO (BIZKAIA), a treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve.



Visto en juicio oral y publico ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial la presente causa de Sumario Ordinario núm. 409 del año 2017 procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 los de DIRECCION000 por delito de ABUSO SEXUAL A MENOR DE 16 AÑOS , Rollo de Sala núm. 69/18, contra Mateo , con D.N.I. núm. NUM000 , nacido el NUM001 /1979, en DIRECCION001 (Bizkaia) hijo de Sabino y de Flora , en situación de libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Dña. Paula Martínez de Pancorbo Sánchez , bajo la dirección letrada de D. Juan Arenaza Ferrer , habiendo sido parte acusadora en calidad de Acusación Particular Covadonga , representada por la Procuradora de los Tribunales Dña Naia Altuna Serrano y bajo la dirección letrada de Rebeca Aguinaco Lasa y el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sra. Arantza López, siendo ponente el Ilmo. Sr. Manuel Ayo Fernández quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral se elevó a definitivas sus conclusiones provisionales calificando los hechos de autos como constitutivos de un delito de abuso sexual de los artículos 183.1.3.4 d), 192, 48 y 57 del código penal estimando como responsable en concepto de autor conforme al artículo 28 al acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e interés la imposición de la pena de prisión de 12 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de 6 años y prohibición de acercarse a su hijo Jesús Manuel . a una distancia inferior a 500 metros, a su domicilio, centro escolar o cualquier otro que frecuente y comunicarse con el durante 10 años y al abono de las costas procesales.

Por la Acusación Particular se elevaron también a definitivas sus conclusiones provisionales calificando los hechos de autos como constitutivos de un delito de abuso sexual de los artículos 183.1.3.4 d), 192, 48 y 57 del código penal estimando como responsable en concepto de autor conforme al artículo 28 al acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y solicitó la imposición de la pena de prisión de 12 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación de la patria potestad y prohibición de acercarse a su hijo Jesús Manuel . a una distancia inferior a 500 metros, a su domicilio, centro escolar o cualquier otro que frecuente y comunicarse con él durante 10 años y al abono de las costas procesales, debiendo indemnizar al menor en la cantidad de 30.000 euros por los daños y perjuicios causados al mismo.

SEGUNDO.- Por la defensa del acusado, en idéntico tramite elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales y solicitó la libre absolución del procesado.

HECHOS PROBADOS

No consta probado que Mateo , nacido el NUM001 de 1979 en DIRECCION001 (Bizkaia), con DNI nº NUM000 , los días 10 y 11 de diciembre de 2017 cuando disfrutaba del régimen de visitas de su hijo menor Jesús Manuel . , de 4 años de edad, establecido en Sentencia de Medidas de hijos no matrimoniales de fecha 24 de julio de 2017, encontrándose en el domicilio sito en la CALLE000 núm. NUM002 , NUM003 , de DIRECCION002 - DIRECCION000 , le penetrase al menor analmente con un dedo de la mano con la intención de satisfacer sus deseos sexuales ni le pegase con una cuchara en el pene.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son el resultado de una valoración en conjunto y en conciencia de la prueba practicada en el acto del juicio oral bajo los principios de inmediación, oralidad, publicidad, contradicción e igualdad de armas procesales, y en especial de las declaraciones del acusado, testigos, periciales y la documental, trayendo a la vista la totalidad de las actuaciones.

Se hace preciso destacar como premisa fundamental de la valoración probatoria que nos corresponde que «la presunción de inocencia opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable» (STC 81/1998 , de 2 de abril , F. 2; también entre otras muchas SSTC 157/1998, de 13 de julio, F. 2 ; 166/1999, de 27 de septiembre, F. 5 ; 17/2002, de 28 de enero, F. 2 ; 187/2003, de 27 de octubre , F. 3). Como regla presuntiva supone que «el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones» (STC 124/2001, de 4 de junio , , F. 9). (Sentencia del Tribunal constitucional 145/2005, de 6 de junio , FJ 5)



Además el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima y suficiente actividad probatoria realizadas con las garantías necesarias referida a todos los elementos esenciales del delito y del que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.

Como ya señaló la STC 189/1998, de 28 de septiembre << ...en esencia, sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado>>.

En este caso, aunque el delito del que se acusa a Mateo es un delito contra la libertad sexual en que resulta especialmente relevante la declaración de la víctima teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en su comisión, debemos, en primer lugar, analizar la declaración del acusado, el cual niega rotundamente los hechos imputados, y hace referencia a que en aquellas fechas de diciembre de 2017 él tenía un régimen de visitas de su hijo Jesús Manuel . durante los fines de semana con pernocta en su domicilio y los miércoles, viviendo él con su pareja y la hija de ésta que tiene tres años más que Jesús Manuel . y con la cual dormía, pero después de estos hechos se le impuso un régimen de visitas supervisadas aunque desde el 10 de febrero de 2019 no ve al menor y antes le vio el 5 de diciembre de 2018; ese régimen de visitas no se cumple.

El recogía al menor acudiendo con su padre o madre los cuales se quedaban con el menor hasta la hora de la cena y todos los sábados su madre se lo llevaba a la piscina mientras él se quedaba con su padre tomando un café.

Ese fin de semana no notó nada en el menor y cuando lo traía su madre el niño venía tenso hasta que se relajaba; él tenía una relación normal con el menor el cual le decía los nombres de sus compañeros y las incidencias que había en clase; cuando se relajaba hablaba normal.

Antes de estos hechos tiene un montón de denuncias por violencia de género y muchas han sido archivadas.

El menor contaba algunas cosas de la otra casa pero él y su pareja intentaban que estuviera relajado y así comentó sobre su madre que era mala, que le había quitado los juguetes, que Armando - la pareja de su madre- le había castigado en un cuarto oscuro; también decía que mama dice que eres malo, que les des chinos, ¿

Sobre la DIRECCION003 que presentaba el niño sabe que es una enfermedad de transmisión sexual pero que también se transmite por higiene, o por bajas defensas pero que él y su pareja se hicieron una citología y dio negativo.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos delictivos que son objeto de enjuiciamiento cobra especial relevancia el testimonio de la víctima de los hechos, en cuya valoración debemos centrarnos así como en cuantas demás pruebas existiesen respecto a los hechos.

En este caso, la víctima Jesús Manuel . es un menor de edad -tenía 4 años en la fecha de los hechos- pero no tiene sentido analizar los parámetros interpretativos que establece el Tribunal Supremo para valorar la declaración de la víctima referentes a la ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación por cuanto el menor Jesús Manuel . en su declaración preconstituida en el Juzgado de Instrucción de 23 de febrero de 2018 y que se ha reproducido en el plenario niega haber sido objeto de los hechos que se le imputan al acusado.

A este respecto conviene resaltar que durante la declaración que fue llevada a cabo en el Juzgado auxiliándose de un psicólogo el menor Jesús Manuel . hace manifestaciones diversas sobre su padre del que dice no le ve porque trabaja pero que le gusta jugar y estar con su aita, haciendo referencia también a que la cena se la da la abuela y que sale a la calle con sus abuelos a la calle porque su aita trabaja e Alicia - la pareja de su padre- también e incluso manteniendo que su padre se porta bien y finalmente negó que su padre le hubiese bajado los pantalones y que solo lo ha hecho para hacerle cosquillas con las uñas en el culete cuando se porta bien pero no por donde sale la caca.

Partiendo pues de la negativa del menor de que los hechos hubiesen sucedido no tiene ninguna eficacia probatoria como elemento de corroboración la declaración de los testigos de referencia Covadonga - madre del menor- y Armando -pareja de la madre del menor-, habiendo declarado la primera testigo Covadonga que el niño iba bien a las visitas pero volvió raro porque vino callado quedándose dormido en el coche y con los días el niño no estaba como siempre porque no quería comer ni salir de la habitación ; no le miraba a ella ni le dirigía la palabra y esta situación duró 10 días que fue cuando se sentaron ella, Armando y el niño encima de la cama y empezó a contarles todo pero ella se tuvo que marchar al decir que le metió el dedo por donde sale



la caca y se lo contó todo a Armando y luego Armando se lo contó a ella; que se dio un abrazo al niño y se le dijo que estuviera tranquilo y durmió bien; le cambió la cara porque se desahogó, volviendo a ser muy movido.

Le llevaron al Hospital -después de los 10 días- donde contó todo lo que tenía que contar pero ella no estuvo presente en la conversación con la médico del Hospital sino que fue Armando; les dijeron que no hablaran del tema con el niño.

El niño volvió al Punto de Encuentro Familiar una vez y le dijo, tras estar con su padre, que no le había hecho nada y cada vez que el niño tenía que ir a visitas no quería ir ("no me hagas ir", "no me llesves") y ella no ha querido obligarle.

En el parte del hospital consta DIRECCION003 pero ya había vuelto en otra visita con lo mismo en el pitilín y en el culo y el padre ya le había llevado al pediatra y ella le volvió a llevar y confirmar creyendo que fue un par de meses antes; el pediatra no le dio importancia y dijo que podía ser por el contacto con las manos sucias.

Solicitó tratamiento psicológico pero no recibió respuesta de su Abogada ni del padre no habiéndole llevado al psicólogo porque tenían que firmar las dos partes y no puede obligar al padre a firmar pero le han recomendado llevar al menor a dicho tratamiento

A su vez el testigo Armando depuso que tenía buena relación con el menor así como que al menor, cuando acababa de cumplir las visitas, le encontraba mas agresivo, mas rebelde durante 2-3 días y luego cambiaba pero en aquellas fechas cuando le recogieron al niño se metió en la cama, no se movía ni mostraba queja ni enfado; estaba metido en la habitación y no hacia nada, no quería jugar y al cabo de 2-3 días -difiere de la madre que menciona 10 días- hablaron con el niño sentándose en la cama y él le empezó a preguntar diciendo el niño que su padre le había metido el dedo en el culo y le había dado con una cuchara en la chirula -expresión infantil para referirse al pene-; contó una parte y la madre salió de la habitación y luego siguió contando; estaba como sintiéndose culpable, como si hubiera hecho algo mal; se le tranquilizó y al día siguiente le llevaron a urgencias y contó lo mismo y fue luego cuando lo encontró normal y ya se fue normalizando; entraron los tres pero Covadonga se marchó y se quedó él con el niño y la medico y el niño se lo contó todo pero de otra forma en el tono contándolo de corrido, de seguido.

Que cuando le dijeron al niño que tenia que ver a su padre el niño no quería ir y la primera vez que estuvo con el padre dijo "esta vez no me ha hecho nada"; han intentado que el niño lo olvide que no le diera importancia para que no lo pasara mal.

Asimismo y como mero testigo de referencia sin que tampoco pueda servir como elemento de corroboración, se dispone de la declaración del agente de la Guarida Civil num. NUM004 que se ratificó en su comparecencia y declaró que recogió las manifestaciones de la madre y su pareja y al día siguiente de la denuncia acudió al Hospital donde se entrevistó con la Pediatra de Urgencia y le refirió que no se apreciaba ninguna herida en la zona anal del menor y también le refirió lo que le había dicho el menor y que ponía en el parte medico.

Finalmente la pericial de los médicos forenses Irene y Juana y las trabajadoras sociales Julieta e Leocadia, las cuales se ratificaron en el informe obrante a los folios 199 ss de las actuaciones, tampoco es elemento de corroboración teniendo en cuenta las manifestaciones del menor en su declaración preconstituida en la que no afirma los hechos imputados a pesar de que según dichas peritos les relata la versión de los hechos proporcionada por la madre denunciante y además por cuanto se trata de una valoración de la credibilidad del testimonio del menor que no constituye mas que un mero juicio probabilístico con cierto margen de error siendo en definitiva la valoración que realizan la que propiamente tiene que realizar este Tribunal y, en ultimo termino, las manifestaciones realizadas por la victima ante los peritos no constituyen prueba alguna sino solo las realizadas por aquella ante el Tribunal en el juicio oral aunque sea en forma preconstituida.

No obstante, debe mencionarse que aun cuando consideran que el testimonio del menor puede responder a lo que ocurrió- lo que no deja de ser una mera valoración subjetiva- sin embargo el menor realiza afirmaciones que ponen en duda su relato porque hace referencia a una cuchara de metal como si hubiese sido tal instrumento el que hubiese sido introducido en la zona anal.

También debemos significar que a pesar de que las tres entrevistas que se le realizan al menor por las peritos tuvieron lugar el 6 y 8 de junio de 2018- meses después de su declaración preconstituida- según aquellas y, en concreto, la medico forense Irene, el menor mostraba hostilidad hacia su padre e incluso le tachaba de arbitrario -sin utilizar lógicamente tal termino-, señalando que estaba afectado de forma congruente con su edad, lo cual es un contraste significativo que hace dudar de la credibilidad de las manifestaciones que hubiese podido realizar el menor a pesar de que la medico forense Irene mantenga que eso no influye en su credibilidad.



Además, es importante resaltar que aun cuando la medico forense Irene mantenga que hace un relato que se espera de un niño de su edad, sin embargo, tal como la perito puso de manifiesto, el niño no dio el contexto ni los tiempos, por lo cual, no podemos comprender que tales carencias le hagan creer en la verosimilitud de su testimonio.

Tampoco se comprende como se mantuvo por la perito mencionada que el niño no quiere hablar de los hechos porque sintió dolor pero al mismo tiempo que se sinceró con ella por el ambiente existente en el que incluso hay juguetes a diferencia de lo que sucedió en su declaración preconstituida en la que sabe que le están viendo y oyendo varias personas incluyendo a sus padres y, sin embargo, el niño se hizo pis en la noche anterior a su reconocimiento por dicha medico forense, lo que también comporta una situación de contraste evidente con lo que afirma la perito.

Resaltemos también que hay un dato esencial que evidencian las peritos y, en concreto, la medico forense Irene y es que a pesar de que afirma que olvidar lo sucedido es normal y compatible con la forma en que lo vive, no ve que haya afectación psicológica y no considera recomendable que el menor se someta a tratamiento psicológico.

Para finalizar y según el informe pericial en su conclusión medico forense num.7 se afirma que la DIRECCION003 peri-uretral no es lo suficientemente específica como para catalogarla como infección de transmisión sexual.

En cuanto a la documental destaquemos que según los informes del laboratorio de Microbiología del Hospital de DIRECCION004 de fecha 5 y 8 de enero de 2018 las pruebas realizadas en el acusado Mateo y su pareja Alicia respecto a la DIRECCION003 resultaron negativos (folios 128 s)

Además, el parte medico del Hospital de DIRECCION005 de 21 de diciembre de 2017 - folio 21- hace constar que, tras hacer referencia a lo que el niño les había dicho a su madre y su pareja, que fueron las personas que le acompañaron al centro hospitalario (que su padre le ha metido el dedo " por donde sale la caca pero adentro" y le ha pegado con una cuchara en el pene), al hablar con el niño "lo repite perfectamente", lo que permite inferir que el menor Jesús Manuel . pudo estar influenciado por manifestaciones anteriores de ambos adultos y mas si tenemos en cuenta que la medico de urgencias no observó lesiones en ano, lo cual es un dato objetivo contradictorio con aquellas manifestaciones efectuadas.

En consecuencia, no deben estimarse acreditados los hechos por los ha sido acusado Mateo , no existiendo suficiente prueba de cargo contra el mencionado que permite declarar sin ningún género de dudas su culpabilidad y considerar desvirtuada la presunción de inocencia que le reconoce la Constitución en el artículo 24.2.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 16 años del artículo 183.1, 3 y 4.d) del Código penal, del que ha sido acusado Mateo al no haber resultado acreditado los hechos que se le imputaban y en consecuencia los elementos constitutivos de la infracción criminal por la que ha sido procesado y enjuiciado.

En efecto, de la prueba practicada no ha resultado acreditado en modo alguno por las razones que ya se han expuesto que el acusado hubiese metido un dedo en el ano del menor Jesús Manuel . para satisfacer sus deseos sexuales ni que le hubiese pegado con una cuchara en el pene por cuanto el menor no ha depuesto en tal sentido en su declaración preconstituida, siendo insuficientes las demás pruebas practicadas para estimar acreditada la comisión del delito imputado.

TERCERO.- Las costas procesales de conformidad con el artículo 123 del Código Penal y 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito, debiendo en consecuencia ser declaradas de oficio al ser absuelto el acusado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Mateo del delito de abuso sexual a menor de 16 años del que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas procesales.

Déjense sin efecto cuantas medidas cautelares personales o reales se hubiesen adoptado en relación con el acusado incluyendo la orden de protección acordada por auto de 30 de diciembre de 2017 por el Juzgado de Instrucción num. 1 de DIRECCION000 en las DIP num. 409/17 que fue parcialmente modificado por el auto de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 1ª, de 1 de febrero de 2018 en RAU 34/18.



Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes haciéndoles saber que la misma es susceptible de Recurso de Apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante escrito firmado por Letrado y Procurador dentro del término de los 10 días siguientes a la última notificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el día cuatro de noviembre de dos mil diecinueve, de lo que yo el Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ