



Roj: **SAP GI 1137/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:1137**

Id Cendoj: **17079370042019100175**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **4**

Fecha: **23/01/2019**

Nº de Recurso: **2/2018**

Nº de Resolución: **27/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **ADOLFO JESUS GARCIA MORALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN CUARTA (PENAL)

GIRONA

ROLLO DE SUMARIO Nº 2/18

SUMARIO Nº 1/18

JUZGADO INSTRUCCIÓN Nº 3 DE GIRONA

SENTENCIA Nº 27/19

PRESIDENTE:

D. ADOLFO GARCÍA MORALES

MAGISTRADOS:

D^a. MARIA TERESA IGLESIAS CARRERA

D. VÍCTOR CORREAS SITJES

En Girona, a 23 de enero de 2019

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Girona, integrada por los magistrados anotados al margen, ha visto en Juicio Oral y público el Rollo de Sumario nº 2/18, dimanante del Sumario nº 1/18 instruido por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Girona por un delito continuado de agresión sexual con penetración a menor de dieciséis años agravado por el prevalimiento del parentesco contra Artemio , privado de libertad por esta causa desde el día 20-6-17 hasta el día 22-6-17, representado por la procuradora D^a. ZAIDA JUANDÓ TRIAS y defendido por la letrada D^a. MARIA ELENA SANTAMARIA SAGREDO, habiendo sido parte acusadora el MINISTERIO FISCAL, y ponente el magistrado D. ADOLFO GARCÍA MORALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron en méritos de atestado instruido por agentes la Comisaría de los Mossos d'Esquadra de Girona.

SEGUNDO.- El MINISTERIO FISCAL en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de agresión sexual con penetración a menor de dieciséis años agravado por el prevalimiento del parentesco del art. 183. 1. 2. 3 y 4. d) del Código Penal , del que consideró autor al acusado Artemio , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusieran las penas de 14 años y 6 meses de prisión, inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo, prohibición de residir en DIRECCION000 y prohibición de aproximarse a Rocío , a su domicilio, residencia o cualquier otro frecuentado por ella a una distancia de 500 metros, así como a comunicarse con



ella por cualquier medio durante 22 años y 6 meses; también se solicitó la imposición de la libertad vigilada por tiempo de 8 años, y que indemnizase a Rocío , a través de su padre Florencio , en la suma de 30.000 euros.

TERCERO.- La defensa del acusado en sus conclusiones definitivas solicitó la libre absolución de su patrocinado, con todos los pronunciamientos favorables, por considerar que los hechos objeto de acusación no habían quedado suficientemente acreditados.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- El acusado Artemio , mayor de edad, natural de Marruecos y sin antecedentes penales, es hermano de María Esther , y como consecuencia de esa relación parental acudía con frecuencia indeterminada durante los años 2.015 a junio de 2.017 al domicilio de ésta, sito en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 , de DIRECCION000 (Girona), generalmente por la tarde, antes de la hora de la cena. En ese domicilio coincidía con la familia de María Esther , formada por su esposo, Florencio y sus dos hijos, Obdulio y Rocío .

No ha quedado acreditado, que en las visitas que efectuaba durante el periodo referido, aprovechando que su hermana se encontraba cocinando y que su cuñado no estaba en la vivienda, cogiera a la menor Rocío de los brazos, que en ese amplio periodo de tiempo contaba con una edad de cinco a siete años, la sujetara para que no pudiera marcharse, la situara ante él, de caras o de espaldas, y le introdujera o tratara de introducirle en la vagina y en el ano, los dedos de la mano, separada o conjuntamente, la lengua o el pene.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran acreditados no son constitutivos de un delito continuado de agresión sexual con penetración a menor de dieciséis años agravado por el prevalimiento del parentesco del art. 183. 1. 2. 3 y 4. d) del Código Penal , como ha sostenido el MINISTERIO FISCAL en sus conclusiones definitivas.

En esencia se reprochaba al acusado, tío materno de la menor perjudicada, que en las numerosas y habituales ocasiones en que visitaba la vivienda de la familia de su hermana, no sólo le introducía a la menor, con ejercicio de cierta fuerza, los dedos en la vagina y en el ano, sino que también le lamía ambos orificios, e intentaba penetrarla con su pene.

La prueba rendida en el acto del plenario con significado claramente incriminatorio proviene exclusivamente de la exploración a que fue sometida la menor y que ha sido reproducida en el acto del juicio oral sin requerir una declaración directa de la niña, habida cuenta su edad actual de 8 años y la repercusión negativa en el caso de verse sometida al escrutinio testifical del plenario.

Y decimos que esa es la prueba casi única porque la restante de ese rango que se ha practicado carece de la trascendencia que se le pretende dar; muy brevemente, sin perjuicio de lo que digamos con posterioridad cuando la analicemos más detenidamente, las facultativos que examinaron a la menor no detectaron ningún tipo de lesión en sus órganos genitales ni en el ano; los psicólogos que la exploraron no ofrecen más que datos para la interpretación del discurso de la menor, sin que su valoración pueda sustituir a la del tribunal; y las profesoras del colegio que detectaron la agresión lo hicieron fragmentariamente al escuchar una de ellas la conversación de dos niñas en un juego de secretos. Desde luego, el acusado ha negado los hechos objeto de acusación.

Encontramos, ya de entrada, algo que resulta frecuente y que no nos puede confundir en la valoración de la prueba, como es que la dimensión narrativa de los relatos acusatorios y defensivos es muy diferente. Es decir, el acusado se limita a negar con cierta sequedad los actos sexuales con su sobrina, mientras que ésta, con las dificultades propias de su edad, nos ofrece mayores datos y elementos de cierta anécdota que vendrían a dar un cierto colorido y una etérea sensación de credibilidad por mor de la simple comparación.

En casi todos los supuestos en que los hechos se niegan de plano por el sometido al procedimiento, el relato acusatorio tiene, dentro de su coherencia interna, una mayor prestancia narrativa que el de la defensa, pues el que niega lo que realmente no ha ocurrido (o incluso lo que si ha ocurrido) no puede hacer otra cosa que decir "no", sin que le sea posible añadir más para dar credibilidad a esa negación, como no sea a través de la gesticulación excesiva o el enfado indisimulado. Por lo tanto, lo que no podemos es desdeñar, por escasamente florida, la declaración del acusado en tanto que niega la producción del delito, tanto en la fisonomía acusatoria, como en cualquier otra menos grave o similar.

Centrándonos ya en la exploración grabada de la menor, como prueba casi única de la acusación, hemos de repetir una vez más que no somos ajenos a las dificultades existentes para acreditar la existencia de delitos que se producen en el secretismo y la clandestinidad, ajenos a la observación de terceras personas, de suerte



que en no pocas ocasiones solo contamos con la declaración de la víctima como principal, auténtica y directa prueba de cargo. Pese a ello, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la de que la simple declaración de la víctima puede constituir perfectamente prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia que asiste a todo acusado, siempre y cuando se den una serie de prevenciones para garantizar la fiabilidad de ese testimonio, evitando así que acusaciones sin fundamento puedan acceder a la categoría de prueba por el mero hecho de ser sustentada una determinada tesis por una sola persona.

Los principios que deben observarse en la valoración de estos testimonios son los siguientes: a) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones entre acusado y víctima, que permitan presumir que la segunda actúa y obra por móviles de resentimiento, venganza o enemistad, determinando la incertidumbre del juzgador; b) corroboración del testimonio de la víctima por datos objetivos concomitantes y claramente relacionados que contribuyen a la verosimilitud de ese testimonio; y, c) solidez de las manifestaciones incriminantes que han de ser persistentes, plurales, sin cambios sustanciales de unas a otras y sin ambigüedades, ni contradicciones.

Ahora bien, la superación de tales barreras no implica la credibilidad de lo que en esa declaración se dice, sino la habilidad de la misma para que pueda ser valorada en condiciones en el acto del plenario en relación con el resto de la prueba que allí pueda verse. Que la declaración de la víctima obedezca a parámetros razonables no implica que sea cierta y que responda como un molde a la realidad, pues la persistencia en la incriminación, la corroboración periférica y la ausencia de motivos de incredulidad no son sino valores o pilares que dotan a la probatura de ciertas garantías pero en modo alguno de infalibilidad.

Es más, cuando la declaración de la niña perjudicada se convierte en el eje de la convicción del Tribunal y la pena pedida es de tanta gravedad, la confianza en el acierto y veracidad de sus manifestaciones no puede pasar con el conformarnos genéricamente con su versión, sino que ésta ha de ser desmenuzada en sus apartados individuales para tratar de ver que todas las versiones se cohonestan en sus elementos esenciales, pues de no ser así tal declaración no debe erigirse en marco esencial de la condena. La verosimilitud subjetiva o personal no puede ser una patente de corso para dejar de ver aquellos errores en el relato que objetivamente la aminoran.

La menor carece de razones aparentes para incriminar a su tío en un delito de la categoría de la agresión sexual.

Simple y llanamente no existen motivos que la Sala haya podido comprobar, como enfados, golpes o castigos ejercidos por el acusado contra la menor, u otros hechos semejantes, para que Rocío decidiera ejercitar una venganza en contra de su tío en formato de denuncia penal. Sí que es cierto, como ha afirmado la defensa del acusado, que una de las profesoras de la menor, que no recordaba ese detalle en el plenario, dijo en sede de instrucción que la vio llorando unos días antes y que le comentó que la razón del llanto era porque necesitaba mimos que sus padres no le daban porque toda la atención se la prestaban al hermano más pequeño; es más, podríamos incluso considerar que denunciar a su tío por un acto tan reprobable como la agresión sexual podría ser una forma de llamar la atención de sus padres para que le ofrecieran el cariño que ella no sentía. Ahora bien, ni siquiera eso es objeto de consideración por la Sala dado que la aparición del delito no se produce por un mecanismo como la denuncia, sino porque una profesora escuchó la conversación de dos niñas que se contaban secretos en un "juego" destinado a tal menester.

Desde luego, entrando en otro apartado diferente, no existen elementos corroboradores de la supuesta agresión sufrida, ni externos ni internos.

No existe ningún testigo de los hechos. Ni el padre ni la madre de la menor vieron nada anormal, y, si lo vieron, lo desconocemos porque se han negado, en virtud del parentesco que les une al acusado y acogiéndose a la dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a declarar. Tampoco el hermano de la niña, bastante más pequeño que ella y con menor capacidad de expresión para reproducir lo ocurrido, que supuestamente trató de defenderla empujando al acusado cuando su hermana se quejaba de las agresiones, ha sido explorado.

No existe tampoco corroboración a través del estado físico o psicológico de la menor. En primer lugar, ninguna de las tres facultativas que la examinaron conjuntamente cuando fue derivada a un centro sanitario después de interponerse la denuncia, una forense, una ginecóloga y una pediatra, observó algún rastro, antiguo o moderno, de lesión compatible con las penetraciones sufridas: las zonas vaginal y anal se hallaban en estado de perfecta normalidad para la edad de la niña, sin signo alguno que revelase algún maltrato sexual o de otro tipo, y el himen estaba intacto. Y ello pese a que la menor dijo en la exploración que se quejaba de que su tío le hacía daño cuando la penetraba. La menor no tenía tampoco hematomas en otras partes de su cuerpo que pudieran revelar ejercicio de fuerza sobre los brazos para procurar una retención forzada.

De cualquier manera las tres facultativas han reconocido que introducciones de dedos en las cavidades anal y vaginal no tienen por qué producir ningún tipo de lesión si esa introducción es individual, poco profunda y no especialmente rápida; por ello, el estado de inanidad físico de la niña resulta compatible con ambas versiones,



la acusatoria y la exculpatoria, con la introducción no violenta de algún dedo y con la no introducción de dedos. Finalmente, las facultativas han reconocido que si en lugar de un dedo se hubieran introducido varios a la vez, mucho más si se juntaban todos ellos a través de la unión de sus yemas, la probabilidad de la lesión era mucho más palmaria.

Y, en segundo lugar, tampoco existen rastros de lesiones mentales en la niña. Su comportamiento no ha cambiado a lo largo del curso escolar en el que se sostiene por la acusación que sufrió los abusos, y los psicólogos del equipo técnico de asistencia a la víctima no han detectado ningún tipo de alteración que pudiera ser consecuencia de las agresiones sufridas. Nuevamente nos hallamos en este caso con que resulta compatible ese estado de normalidad tanto si se ha sufrido una agresión como si, obviamente, no se ha llegado a sufrir, dado que no es necesaria la alteración mental como consecuencia necesaria si la menor no ha percibido como algo especialmente grave lo que su tío le hacía, por molesto o desagradable que pudiera parecerle.

En relación con el informe de los componentes del equipo técnico, no podemos estimar como un elemento corroborador de la supuesta agresión sufrida el que los psicólogos atribuyan en su fuero interno credibilidad narrativa al discurso de la menor.

En este sentido conviene destacar que para esa pericia, como en tantas ocasiones sucede, sólo se han contado con los datos aportados por la menor, sin acceder al resto de la probatura y sin comparar los elementos discursivos que proporcionaba con otros obrantes en la causa, valorando el relato como creíble y vivido, lo que en modo alguno implica que pueda declararse jurídica y automáticamente como cierto, pues ello implicaría la sustitución de la valoración por parte de los componentes del tribunal por la que legítimamente llevan a cabo los componentes del equipo de atención a la víctima en su función pericial.

El valor que podemos obtener de este tipo de dictámenes creemos que es triple, uno, el de la detección de alteraciones mentales que puedan o no compatibilizarse como consecuencia de la agresión sufrida, otro, el de filtrar en fase de instrucción casos de mentiras patológicas, o de supuestos de fabulación, con la finalidad de que sólo aquellos casos que superen esa barrera puedan ser enfrentados a un juicio oral, y otro, el de proporcionar herramientas interpretativas a la Sala para mejor valorar la declaración de la menor, explicando detalles científicos de la declaración que pueden pasar desapercibidos a no expertos, como el significado de las repeticiones, las ausencias, las fragmentaciones, etc.

Finalmente, la última prueba corroboradora del relato de la menor vendrían a ser las manifestaciones de las profesoras del colegio en el que estudiaba primaria, una, que no era la tutora, que escuchó la conversación entre dos niñas jugando al juego de los secretos, en la que la perjudicada transmitía a la otra menor la información sobre los tocamientos de su tío, y otra, que era la tutora de la niña, y que recibió la noticia de su compañera de trabajo, que realizó un pequeño interrogatorio a la niña para tratar de corroborar la veracidad de lo que le había dicho a la otra menor, y que puso en marcha el protocolo de denuncia de delitos sexuales contra menores, dando además aviso a los padres para que pudieran interponer la denuncia.

En todo caso, las noticias transmitidas por dichas profesoras no son sino testimonios de referencia de aquello que la menor podría relatar, testimonios cuya veracidad no ponemos en duda, pero que en todo caso dependen de la veracidad que podamos atribuir al testimonio principal de la menor; de esta suerte, si el testimonio de la niña no resulta creíble a los efectos del juicio condenatorio, es decir, si su sola versión de los hechos no puede soportar la condena que se reclama por la acusación pública, tampoco puede resultar creíble el testimonio de las profesoras, dado que la "persistencia" no es sinónimo exacto de "insistencia" en el mantenimiento de la narración de un suceso, pues depende de otros factores diferentes a la mera repetición.

Desde luego la Sala no duda de la credibilidad formal de tales testigos, es decir, ni dudamos del contexto en el que se produjo la averiguación de los supuestos hechos delictivos, una conversación entre dos niñas que fue sorprendida por una profesora, ni tampoco en que la información que la niña transmitió a su tutora fue la que ésta ha expuesto en el acto del plenario a través del recuerdo.

El relato de la menor, como ya parece desprenderse de todo lo anterior, no ha incurrido en letales incongruencias que lo hubieran desechado totalmente como fuente de prueba ni tampoco se ha demostrado fruto de una suerte de fabulación. En este sentido, si bien es cierto que la declaración de la menor no ha incurrido en serias deficiencias invalidantes, también lo es que se ha mostrado especialmente genérica a la hora de contar.

Es muy complicado valorar el testimonio de una niña de unos siete años de edad, incluso aunque la exploración haya sido llevada a cabo por profesionales psicólogos adscritos al servicio de atención a la víctima, porque su discurso no tiene las mismas estructuras narrativas que el de una persona más adulta. Los recuerdos pueden ser menores porque la capacidad de recuerdo de acontecimientos pasados es también menor, el



relato puede carecer de aparato anecdótico, el hilo conductor puede padecer de un flujo de idas y venidas sin explicación. Es decir, aquello que en la narración de una persona adulta podríamos considerar que son errores o incongruencias de bulto que cuestionan seriamente el contenido del relato, en boca de un menor son hitos narrativos normales y perfectamente explicables.

Precisamente esta es la perspectiva analítica en la que ha de situarse el tribunal para decidir la potencialidad del relato para producir una prueba en exclusiva sobre el delito denunciado. Teniendo en cuenta, como ya hemos dicho con anterioridad, que esa potencialidad ha de soportar, en sí misma y sin recurrir a ningún otro mecanismo probatorio, la pretensión de una condena a casi 15 años de prisión, por la ausencia de otros medios de prueba que apoyen decisivamente la declaración de la menor.

Pues bien, pese a que en esencia y desde un punto de vista vulgar no podemos afirmar que existan dudas de importancia en la declaración de la menor, su sola visión no nos convence de la producción del delito, como si ocurre con el MINISTERIO FISCAL. La credibilidad genérica de un relato no equivale a la suficiencia para la condena. La sala ha detectado ciertas fallas de ese relato, por omisión, por exceso o por contradicción, que creemos que merecen destacarse para conocer las razones por las que no vamos a otorgar a la exploración de la menor la competencia y aptitud jurídicas a las que acabamos de referirnos.

Cuando la menor relata los mecanismos introductorios que decía que su tío utilizaba para penetrarla o tratar de hacerlo, dedos, mano, lengua y pene, los repite de una forma demasiado mecánica, poco espontánea; y dicha repetición no se ha producido en una sola oportunidad sino en varias, observando esa dinámica en todas las ocasiones en las que ha sido preguntada.

Cuando la menor es preguntada porque su madre no decía nada de lo que estaba sucediendo, porque lo cierto es que la madre estaba en la casa cuando los tocamientos y penetraciones objeto de acusación sucedían, dio explicaciones contrarias; a la maestra le dijo que su madre tenía problemas de audición, cosa que ésta llegó a constatar efectivamente en las entrevistas de tutoría, y quedaba en la cocina, mientras que en la exploración a los psicólogos les dijo que gritaba, que su madre salía de la cocina para ver que pasaba y ella callaba y no decía nada.

Cuando la menor relata las introducciones con los dedos habla también de la mano, cuestión esta que en un principio no tenía mayor importancia pues se refería a ello como mecanismo envolvente y no penetrante de los genitales; sin embargo, posteriormente, afirma que los dedos eran introducidos de uno en uno sucesivamente o todos juntos unidos por sus yemas, cosa que ella notaba por la diferencia, y que eso le causaba dolor, cuestión que la Sala considera bien complicada, si no imposible, porque en el caso de penetración de todos los dedos de una mano al mismo tiempo, la cavidad de la menor en la que hubieran penetrado se hubiera mostrado lastimada a ojos de las facultativas forenses.

Y cuando la menor es preguntada por las posiciones que ocupaban su tío y ella cuando se producían las penetraciones, puede dar respuesta sencilla a todas, menos cuando es preguntada cómo le lamía los genitales, la vagina o el ano, posición obviamente mucho más compleja cuando el tío es parálítico de las piernas, momento en el que la menor se cerraba en banda, no ofrecía ninguna explicación y simplemente alegaba que no se acordaba de cómo sucedía esto.

Por todas las razones expuestas procede la absolución del acusado.

SEGUNDO.- Conforme a los arts. 123 del Código Penal y 239 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no procede hacer especial pronunciamiento impositivo de las costas causadas.

VISTOS los preceptos legales y principios citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER** al acusado Artemio como autor responsable de un **DELITO CONTINUADO DE AGRESIÓN SEXUAL CON PENETRACIÓN A MENOR DE DIECISÉIS AÑOS AGRAVADO POR EL PREVALIMIENTO DEL PARENTESCO**, declarando de oficio las costas causadas.

Déjese sin efecto las medidas de protección acordadas por el Juzgado de Instrucción 4 de Girona por auto de fecha 22 de junio de 2017.

Contra esta Sentencia puede interponerse Recurso de Apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que deberá presentarse ante esta Sala, en el plazo de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia.

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



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el magistrado-ponente que la dictó, en audiencia pública en el mismo día de su fecha; doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ