



Roj: **SAP GI 2145/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:2145**

Id Cendoj: **17079370042019100364**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **4**

Fecha: **13/11/2019**

Nº de Recurso: **44/2019**

Nº de Resolución: **489/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **FRANCISCO ORTI PONTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN CUARTA

GIRONA

Procedimiento: ROLLO PROCEDIMIENTO ABREVIADO 44/2019. B.

Dimanante Procedimiento Abreviado 17/2019 del Jdo.de Instruccion num. 1 de DIRECCION000 .

SENTENCIA N°489/2019

Sres.

D. Adolfo Jesús García Morales.

D. Francisco Orti Ponte.

D. Víctor Correas Sitjes.

En la ciudad de Girona a 13 de noviembre 2019.

Vista por esta Sección en Juicio Oral y público ante la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial la presente causa nº 44/ 19 , procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 seguidas por el delito de abuso sexual a menor de 16 años, contra el/la acusado/a Onesimo mayor de edad y sin antecedentes penales, con DNI nº NUM000 nacido en Gergal- Almería- en fecha NUM001 - 1950, hijo de Ramón y de Carlota y con domicilio en DIRECCION001 (Girona) CALLE000 nº NUM002 y cuya solvencia no consta, en libertad provisional por esta causa , y defendido por el Letrado Sr/ Sra. D/Dª. Gerard Dieguez Juando. . Ha comparecido en el procedimiento el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr/ Sra. D/Dª. Sonia Rovira Garrido así como la Generalitat de Catalunya en calidad de acusación particular, y habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO ORTI PONTE, el cual expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.- Probado y así se declara que el acusado Onesimo mayor de edad y sin antecedentes penales durante un período indeterminado pero que en todo caso comprendía los meses de septiembre y octubre de 2016 en cuanto pareja sentimental de la Sra. Gabriela vivió en el domicilio de ésta sito en la CALLE000 de la URBANIZACION000 de la localidad de DIRECCION001 , junto con el hijo de ésta el Sr. Pablo Jesús y su nieta e hija repectivamente de éste Marta que en aquella fecha contaba con 9 años de edad.

En diversas ocasiones durante el período de tiempo comprendido entre septiembre y octubre de 2016 el acusado Onesimo acompañaba a Marta y sus hermanos menores a montar en bicicleta en la calle delante del domicilio donde vivían.

No ha quedado acreditado que el acusado aprovechando estos paseos en bicicleta con la menor Marta le realizara tocamientos con la mano por los pechos y la vagina tanto por fuera como por dentro de la ropa.



SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos a que se refiere el presente procedimiento como constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales a menor de 16 años previsto y penado en el art. 183. 1 en relación con el art. 74 ambos del C. P solicitando se imponga al acusado la pena de 5 años de prisión así como la prohibición de comunicarse por cualquier medio y de aproximarse a una distancia no inferior a 100 metros de Marta , su domicilio o lugares frecuentados por ella durante un período de seis años y en virtud del art. 192 . 1 del C. P la medida de libertad vigilada durante 5 años que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, y de acuerdo con el art. 192. 3 del C. P la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio sea o no retribuido que conlleve el contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en cinco años al de duración de la pena privativa de libertad así como el pago de las costas procesales. En concepto de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a Marta por los daños morales sufrido en la cantidad de 6. 000 euros que se incrementará con el interés legal de conformidad con el art. 576 de la LECivil.

La acusación particular representada por la Generalitat de Catalunya se adhirió a las conclusiones del Ministerio Fiscal

TERCERO.- La defensa del acusado calificó definitivamente los hechos como no constitutivos de infracción penal, solicitando la libre absolución de su defendido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Los hechos que se declaran acreditados no son constitutivos de un delito continuado de abuso sexual a menor de dieciséis años del art. 183. 1 en relación con el art. 74 del C. P del Código Penal, como ha sostenido el MINISTERIO FISCAL y la acusación particular en sus conclusiones definitivas.

SEGUNDO.- En esencia se reprochaba al acusado, pareja sentimental en la fecha de los hechos de la Sra. Gabriela que al menos en tres ocasiones durante el período de septiembre y octubre de 2016 y aprovechando que acompañaba a Marta y sus hermanos menores a montar en bicicleta en la calle delante del domicilio donde vivían en la CALLE000 de la URBANIZACION000 (DIRECCION001) le realizara tocamientos por los pechos y la vagina tanto por fuera como por dentro de la ropa .

La prueba rendida en el acto del plenario con significado claramente incriminatorio proviene exclusivamente de la exploración a que fue sometida la menor en el acto de la vista oral bajo los principios de oralidad, intermediación y contradicción en la que manifestó que : "... vivió una temporada en casa de su abuela paterna donde también vivía el Sr. Onesimo , ella tenía 9 años, que Onesimo la llevaba a ella y a sus hermanos a montar en bicicleta, que su padre a veces venía y su abuela también a veces pero poco, casi siempre iban solos con Onesimo . Que Onesimo a veces me tocaba y me obligaba a hacerle besos en la boca, me tocaba (y señala los pechos) por dentro y por fuera de la ropa y también me tocaba abajo - preguntada por el Ministerio Fiscal como se llama la zona en donde la tocaba manifiesta que no sabe como se llama. El Ministerio Fiscal le indica que en la exploración ante el Equipo Técnico lo llamó patata, ante lo que respondía que le tocaba la patata por dentro o fuera de la ropa), que la tocaba con una mano y no recuerda si el acusado movía la mano, que ha pasado más de una vez no muchas pero más de una y en días muy juntos....".

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, los psicólogos que la exploraron - y cuyo informe fue ratificado en el acto de la oral- no ofrecen más que datos para la interpretación del discurso de la menor, sin que su valoración pueda sustituir a la del tribunal.

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 los hechos manifestando que " que nunca le toco no por encima, debajo o por dentro de la ropa. Sí las llevaba a montar en bicicleta y solo por delante de la casa unos 200 metros pero el padre estaba delante en el interior del coche escuchando música y que en esa calle hay vecinos por todas partes....".

Centrándonos ya en la exploración 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 la pareja sentimental de su abuela paterna en un delito de la categoría del abuso 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 Marta decidiera ejercitar una venganza en contra de la pareja de su abuela paterna en formato de denuncia penal, máxime cuando la aparición del delito no se produce por un mecanismo como la denuncia, sino porque como relata la madre Sra. Berta que se convierte en testigo de "referencia de referencia" cuando manifiesta que "... el detonante fue un programa de televisión que estaba viendo su abuela materna (madre de la Sra. Berta) y su tía y que al ver que lo veía Marta cambiaron de canal, pero Marta les dijo que quería verlo y les contó un caso como en tercera persona, pero al indagar vieron que le pasaba a ella en primera persona; su madre (abuela materna) se lo contó a ella al día siguiente en la cena y le dijo a Marta que se lo contara.... Y entonces Marta le contó que le pasó esto y que eran tocamientos con la mano en el pecho y por dentro de los pantalones cuando montaban en bicicleta donde vivía la abuela paterna....una profesora escuchó la conversación de dos niñas que se contaban secretos en un "juego" destinado a tal menester.

Sin embargo no contamos con el testimonio de referencia de la abuela materna y de la tía de Marta ya que no fueron propuestos por las partes, si bien es muy significativo la declaración de la Sra. Berta cuando manifiesta que " indagaron y vieron que cuando hablaba de tercera persona era ella - Marta - la primera persona", indagación que al no contar con el testimonio de la abuela materna y tía de Marta ignoramos en que consistió y como pudo ésta influenciar en el testimonio de la menor.

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. Marta manifestó que cuando ocurría se encontraba montando en bicicleta junto con sus hermanos únicamente con el acusado. Sin embargo el Sr. Pablo Jesús declaró que "... la relación del acusado con Marta era como de abuelo- nieta, que nunca vió nada extraño en el comportamiento de los dos, que normalmente excepto cuando iba a la cárcel de Pamplona a ver a la madre de Marta cada 7 o 15 días, él estaba presente cuando montaban en bicicleta porque siempre estaba fuera toqueteando el coche para los viajes a Pamplona porque él es mecánico...", igualmente la Sra. Gabriela (abuela paterna) manifestó que "... siempre montaban en bicicleta cerca de la casa donde ella los podía ver que él nunca estuvo a solas con los niños, porque ella cuanto tenía 11 años la violaron y desde entonces tiene temor y desconfianza con todos los hombres... que Marta nunca le dijo que no quisiera ir a montar en bici sino que se lo pedía...".

No existe tampoco corroboración a través del estado psicológico de la menor. La Sra. Berta manifestó a los psicólogos del equipo técnico (folio 126 y ss) que " los hechos denunciados van a coincidir con un período en que ella va a ingresar durante 10 meses en un Centro Penitenciario y los hijos se van a quedar a cargo del padre, y que cuando ella va a salir en libertad va a notar a Marta muy cambiada", igualmente manifestó que " su hija



va a seguir un tratamiento terapéutico durante un año a través de los Serveis Socials de DIRECCION001 ". No obstante en el acto del plenario la Sra. Berta manifestó que " Marta acudió a dos sesiones con un psicólogo del CAP pero que le dijo que no la veía mal para seguir visitándola y no sabe si las visitas al psicólogo fueron por los hechos denunciados, por la separación matrimonial o por el hecho de que ella estuvo separada de Marta durante los 10 meses que estuvo en prisión", sin que ninguna prueba se hubiere practicado al respecto dado que no fue propuesta pericial psicológica del tratamiento o sesiones que Marta recibió en el CAP de DIRECCION001 que la madre dice al equipo técnico que fue durante un año y en el plenario dice que únicamente fueron dos sesiones y que no continuó porque el psicólogo le dijo que " no la había visto mal para seguir visitándola", sorprendiendo por otro parte que el padre de Marta , el Sr. Pablo Jesús manifiesta que " no sabe si Marta fue al psicólogo". Igualmente la Sra. Berta manifestó que " vió una bajada de rendimiento escolar de Marta ", sin embargo ninguna prueba se ha practicado al respecto lo cual hubiere sido fácil proponiendo como testigos a los profesores y/o tutores de Marta o aportando las notas de ésta o el período en que su madre estuvo ingresada en la cárcel y si dicho descenso en el rendimiento coincidió con su estancia en prisión, ignorándose en definitiva si ese manifestado descenso en el rendimiento escolar hubiere sido por los presuntos abusos, o por el hecho de la separación matrimonial o por el ingreso en la cárcel de la madre, no dejando de sorprender que la Sra. Berta no manifestara nada al respecto al equipo técnico que llevó a cabo la exploración sino todo lo contrario ya que consta al folio 127 que " Marta va iniciar escolaridad a P- 3 después de un período de dos años de asistencia a la guardería, se va adaptar con una correcta socialización e integración con compañeros y profesores y actualmente curso 6º de educación primaria con unos rendimientos académicos adecuados"

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.

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 12 años de edad en la fecha del juicio oral en cuanto nacida en fecha NUM003 - 2007, 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, aunque desde luego deben tomarse en cuenta ya que ante el equipo técnico manifestó (folio 128) que " ... finalmente puede expresarse y señala los genitales tímidamente y explica que le hacía tocamientos a la patata... y que cuando lo hacía por dentro le introducía los tres dedos de la mano..." y refiere que se va a decidir explicarlo a su abuela paterna y que ésta va a regañar a Onesimo ... y que posteriormente cuando estaba en casa de su abuela materna Amanda y cuando ésta estaba con su hermana - tía de Marta - leyendo una noticia de internet a través del móvil y ella estaba haciendo los deberes escuchaba lo que hablaban y comentaban una noticia de un padre que era médico y había hecho abusos a su hija y ella les va a preguntar que eran los abusos y cuando se lo han explicado va a pensar que el lo mismo que le pasaba a ella...". Es decir Marta al equipo técnico únicamente habló de tocamientos en la " patata" e introducción de tres dedos de la mano, sin embargo en el plenario no dijo nada de



introducción de dedos, habló por primera vez de besos en la boca y que le tocaba " abajo" pero no sabe como se llama, y fue el Ministerio Fiscal el que le dijo la palabra " patata" cuando dijo que sí. Al igual que la madre dijo que se enteró porque su madre y su tía se lo contaron cuando estaban viendo un programa de televisión sobre abusos, si bien Marta manifestó que era una noticia en internet que estaban viendo por el móvil.

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 5 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. 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 ya han sido destacados y ello nos lleva a no otorgar a la exploración de la menor la competencia y aptitud jurídicas a las que acabamos de referirnos.

Por todas las razones expuestas procede la absolución del acusado.

TERCERO.- El principio de presunción de inocencia recogido en el art. 24 de la Constitución española, supone que como se parte de la inocencia, quien afirma la culpabilidad ha de demostrarla, es a la acusación a quien corresponde suministrar la prueba de la culpa, procediendo la absolución aunque tampoco se haya demostrado la inocencia claramente, pues es el acusador quien tiene que probar los hechos y la culpabilidad del acusado y no es éste quien tiene que probar su inocencia (Sentencia T. C. 64/ 86 de 21 de mayo). En base a lo expuesto y al material probatorio obrante en autos no existe base suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y al faltar una prueba adecuada en todo caso para poder condenar es por lo que procede dictar sentencia absolutoria con todos los pronunciamientos favorables.

CUARTO .-"A contrario sensu" de lo establecido en el artículo 106 y 123 del Código Penal, en caso de absolución las costas deben declararse de oficio.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS.

Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a Onesimo del delito continuado de abusos sexuales a menor de 16 años que se le venía imputando con todos los pronunciamientos favorables y expresa declaración de oficio de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer **RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de DIEZ DIAS** a contar desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente constituido en Audiencia Publica, en el mismo día de su fecha. De lo que doy fe .