



Roj: **SAP GI 2207/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:2207**

Id Cendoj: **17079370032019100363**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **3**

Fecha: **15/05/2019**

Nº de Recurso: **46/2018**

Nº de Resolución: **295/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **MANUEL IGNACIO MARCELLO RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO SUMARIO 46/2018

CAUSA : SUMARIO Nº 1/2018

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE DIRECCION000

SENTENCIA Núm. 295/2019

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. ALFONSO CAROL GRAU

MAGISTRADOS

D. CARLES CRUZ MORATONES

D. MANUEL IGNACIO MARCELLO RUIZ

En la ciudad de Girona a quince de mayo de 2019.

Vista en esta Sección en Juicio Oral y público ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial la presente causa Sumario 46/ 2018, procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION000 , seguida por un **delito de agresión sexual en grado de tentativa a menor de 16 años**, contra el acusado Horacio , mayor de edad, con N.I.E NUM000 , de nacionalidad marroquí, sin antecedentes penales, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. CRISTINA PEYA ESTÉVEZ y defendido por la Letrada D^a. REBECA GUTIERREZ BELMONTE. Ha comparecido en el procedimiento en ejercicio de la acción pública el Ministerio Fiscal. En representación de la acusación popular compareció la letrada de la Generalitat, y habiendo sido ponente el **Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL IGNACIO MARCELLO RUIZ**, el cual expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Las presentes actuaciones tienen su génesis en denuncia interpuesta D^a Beatriz , ante los Mossos d'Esquadra de DIRECCION000 .

SEGUNDO.- El Ministerio Público en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual en grado de tentativa a menor de dieciséis años de los artículos , 183.1, 2, 3 y 4, letra d) , y 16 y 62 del C.P. sin la concurrencia en el acusado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando la imposición, al acusado, de una pena de 10 años de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con la accesoria de prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de la víctima, su domicilio, lugar de trabajo , centro educativo y cualquier lugar frecuentado por ella y de que se comunique con ella por cualquier medio, todo ello por un periodo de 17



años . Asimismo y de conformidad con el art.192 y 106.1.e), f) y j) C.P. procede imponer al acusado la pena de libertad vigilada por tiempo de 6 años e inhabilitación especial para profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un plazo de 15 años.

Tres delitos leves de lesiones, previstos y penados en el artículo 147.2 del código penal por lo que solicita se imponga una multa de tres meses con una cuota diaria de 10 euros por cada uno de ellos, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del código penal con la accesoria de prohibición de aproximarse a Beatriz y a los menores Carlos Alberto , María y Simón a menos de 200 metros de su domicilio, lugar de trabajo , centro educativo y cualquier lugar frecuentado por ella y de que se comunique con ellos por cualquier medio, todo ello por un periodo de 6 meses.

La acusación particular se adhirió al escrito de calificación del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- La defensa del acusado Horacio interesó su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

Por la defensa, en el trámite de cuestiones previas se reprodujo la petición de determinadas pruebas que ya fue resuelta por auto de 11-10-2018, de esta Sección en el sentido de denegarla, y a cuyos razonamientos jurídicos nos remitimos.

Tras ello, ejercitado el derecho a la última palabra, quedaron las actuaciones conclusas para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Resulta probado que sobre las 17.00 horas del día 2 de noviembre de 2017, el acusado Horacio , sin antecedentes penales, se presentó en el domicilio de su hermana Beatriz , sito en la CALLE000 , NUM001 de la localidad de DIRECCION001 , en el que se encontraba aquella en compañía de sus tres hijos menores de edad Simón , María y Carlos Alberto de 9, 6, y 1 año y medio de edad respectivamente.

Una vez en su interior accedió a la terraza del inmueble donde seguidamente acudió su sobrino Simón .

Se bajó los pantalones dejando al descubierto sus genitales mientras tocaba la cabeza de su sobrino.

No consta acreditado que le dijera que le chupara su miembro viril ni que aproximara la cabeza de Simón a sus partes íntimas con la intención de que le practicara una felación.

Instantes después Beatriz instó al acusado a que abandonara la vivienda iniciándose una discusión entre ambos sin que haya probado que agrediera aquella dándole patadas y golpes con un palo de escoba, ni que con un instrumento afilado produjera un corte en la zona baja del ojo de María , ni que golpeará con una sandalia en la cara a Carlos Alberto .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito de agresión sexual en grado de tentativa a menor de dieciséis años de los artículos 183.1, 2, 3 y 4, letra d), en relación con los artículos 16 y 62 de C.P. , ni de tres delitos de lesiones leves del artículo 147.2 de idéntico cuerpo legal.

El delito de abusos sexuales del art 183.1 castiga la conducta del que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años.

De acuerdo a nuestra jurisprudencia lo que caracteriza el abuso sexual es, por un lado el elemento negativo de la ausencia de empleo por el sujeto activo de medios violentos o intimidatorios a través de los cuales, como sucede en la "agresión sexual" del art 178C.P, se domeña o vence una voluntad contraria de la víctima, y por otro lado que ésta tampoco presta un verdadero consentimiento valorable como libre ejercicio de su libertad sexual(en este sentido la S.T.S. 24 01 11).

Como señala la S.A.P Madrid de 27 de mayo de 2016 :

"Se trata de una figura de ataque a la libertad sexual en la que no se produce la imposición coactiva de la conducta, pero ésta se realiza sin mediar consentimiento. En los abusos sexuales existe una conducta determinante del comportamiento sexual, que en ausencia de violencia o intimidación, admite diversas modalidades, desde el simple actuar sin la voluntad de la víctima, hasta el obtener dicha voluntad mediante el abuso de superioridad o el engaño; por esta razón se extraen del ámbito de las agresiones sexuales. Por consiguiente, se caracterizan por la particular configuración de la voluntad del sujeto pasivo, o por su total ausencia, en cuanto los comportamientos sexuales típicos son idénticos a los que configuran el objeto de las agresiones sexuales (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 y 16 de mayo de 2000 , 18 de marzo , 13 de junio ,



30 de octubre , 7 , 9 y 27 de noviembre y 30 de diciembre de 2005 , 22 de febrero de 2006 , 17 de abril , 18 de mayo , 14 de septiembre y 3 de octubre de 2007 , 3 de octubre y 25 de noviembre de 2008 , 23 de junio y 5 de noviembre de 2009 , 23 de abril de 2010 , 24 de enero , 16 de noviembre y 22 de diciembre de 2011 y 15 de febrero de 2012)".

En la figura penal del artículo 183 C.P deben concurrir los siguientes elementos exigidos por el tipo penal:

A) Un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significado sexual, que en este caso, según el escrito de acusación sería la tentativa de que se le practicara una felación.

B) Un ánimo libidinoso, de satisfacción del deseo sexual inherente en el presente caso a la conducta realizada y a la propia dinámica de los hechos

Tampoco pueden constituir tres delitos de lesiones leves del artículo 147.2 del código penal.

SEGUNDO.- La Sala ha llegado a esta convicción de los hechos que declara probados, tras la valoración de la prueba practicada en el plenario, prueba que ha consistido en la declaración del acusado; la declaración del menor Simón , en la vista del juicio; las testificales de la menor María , de su madre Beatriz , de la tía de ambos Berta , de la pericial de la psicóloga Carolina , y la de Gaspar y Enriqueta , psicólogos del Equipo Técnico Penal de Girona y autores de los informes obrantes en los folios 106 a 113. Por último la documental que obra en las actuaciones, entre ellas las exploraciones judiciales realizadas a los menores Simón y María , y los informes de asistencia a urgencias del Hospital de DIRECCION002 que constan en los folios 64 a 67 de las actuaciones, informes médico-forense que constan a los folios 91 y 97.

Debe comenzarse el análisis de la prueba, señalando que no se escapa a esta Sala la gravedad de los hechos que han sido objeto de acusación. Las agresiones o abusos sexuales son, sobre todo cuando se cometen en menores de edad, una de las infracciones delictivas que merece el mayor reproche social, al constituir uno de los más graves atentados que se pueden perpetrar contra una persona, pues incide de plano en la esfera sexual que, en nuestro entorno cultural, afecta a la más profunda intimidad, causando innegables secuelas psicológicas en quien es víctima de tal ilícito.

En el presente la dificultad a la hora de valorar la prueba es mayor, dado que el menor Simón y su hermana María cuentan respectivamente con 10 y 8 años de edad. La Sala es consciente y así quiere hacerlo constar expresamente, del esfuerzo que para unos infantes de tan corta edad ha supuesto el declarar en Sala, en un juicio, con un escenario y unas personas distintas a las que habitualmente tratan la menor y manifestar su admiración por la tranquilidad y el aplomo con el que ha declarado. Como señala la jurisprudencia "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".

En el caso sometido a nuestra consideración entendemos que la prueba practicada en el acto del plenario no es suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia que ampara al acusado. Como principales elementos de prueba tenemos la declaración del menor en la vista del juicio así como la exploración realizada ante el Equipo técnico de Asesoramiento Penal integrado por los psicólogos Sr. Gaspar y Sra. Enriqueta , y la declaración de la madre, tanto como testigo directo de los hechos como en su calidad de testigo de referencia, en cuanto a lo que su hija menor le dijo que había pasado.

En cuanto a la declaración vertida por Simón en plenario, explicó que mientras se encontraba en su habitación haciendo deberes le picaron en la ventana que da a la terraza. Sin saber de quien se trataba acudió allí y encontró a su tío con los pantalones bajados mostrando sus partes íntimas, le cogió del pelo haciéndole daño y le dijo que "le chupara la polla" mientras lo acercaba a él. Que su hermana María vio como le cogía del pelo para chuparle la polla y se lo fue a decir s su madre, quien llegó seguidamente y se inició una discusión. Que su tío no le golpeó con un zapato ni le hizo daño a su hermana.

Por más que dicha versión pudiera resultar subjetivamente verosímil, no implica otorgarle un carácter de autoridad como si la víctima fuera "oráculo incuestionable de lo verdadero". La credibilidad genérica de un relato no equivale a la suficiencia para la condena. Es muy complicado valorar el testimonio de un niño de unos ocho años de edad por aquel tiempo, 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.

Confrontado las precitadas explicaciones evacuadas en el acto del juicio con lo narrado en su exploración realizada ante el Equipo Técnico, se evidencian discordancias nucleares en lo atinente a los hechos objeto de acusación.

Ante dichos profesionales, tras insistir en que le cogía del pelo y le hacía daño, hasta en tres ocasiones no hace mención alguna a que viera a su tío desnudo ni que le hiciera proposiciones de naturaleza sexual. Explica que lo ve su hermana y se lo dice a su madre. Se inicia una discusión donde le grita a su madre y le dice guarrerías saca un cortaúñas y se dirige hacia su madre que lo esquiva para a continuación marcharse corriendo de la casa.

Al ser inquirido de nuevo por los psicólogos, expone que su tío empezó a bajarse los pantalones y los calzoncillos le coge del hombro primero después del pelo muy fuerte aproximándole hacia él para que se la chupara.

Preguntado sobre si el acusado le verbalizó que le practicara una felación se muestra rotundo en afirmar que no le dijo nada al respecto que lo supone porque le iba acercando hacia él, a diferencia de lo depuesto en el acto del juicio oral en que aseveró que el acusado le dijo "que se la chupara". A renglón seguido detalla que su madre le contó, aunque no se acuerda porque era muy pequeño, que su tío se metió en la ducha con él y que lo "quería follar" para repetir nuevamente que se lo había explicado su madre y adicionar que su madre quiere denunciar y enviar a la prisión. Continúa relatando que ese día su tío llegó fumando marihuana y había bebido admitiendo al ser repreguntado que no sabe lo que es la marihuana. Acaba reiterando que después de la discusión ni a él ni a sus hermanos les hizo daño ni a su madre tampoco porque le esquivó.

Lo razonado impide tener a la declaración de la menor como prueba de cargo suficiente para fundar una sentencia condenatoria.

En segundo lugar contamos con la declaración de María de nueve años quien tanto en el juicio como ante los psicólogos refirió que vio a su tío en la terraza con los pantalones bajados mostrando sus partes íntimas cogiendo a su hermano por la cabeza. Que fue a contárselo a su madre de inmediato. Que ni a ella ni a sus hermanos les pegó, sólo a su madre.

En lo atinente a la madre de los menores, la Sala no puede sino constatar su actitud cambiante en el curso del procedimiento. Así, tras denunciar los hechos en sede policial y ratificarlos ante el Juez de Instrucción, comparece ante esta Audiencia el 2 de julio de 2018, exponiendo que perdona a su hermano que es un chico joven que no sabía lo que hacía y que no lo había hecho nunca, que no quiere que el procedimiento siga adelante. En el acto del juicio oral tras reseñar que una vez fue advertida por su hija vio a su hermano cogiendo de la cabeza a su hijo y como intentaba subirse los pantalones, al ser nuevamente inquirida por el tribunal expone que su hermano llegó borracho que se meó en la terraza que cuando acudió observó cómo estaba con los pantalones bajados y le acariciaba el pelo a Simón mientras el niño estaba jugando, mutando así sustancialmente su inicial versión.

Se muestra persistente en que hubo una discusión y que siguió, junto a Simón y María, a su hermano llevando en brazos a su hijo de apenas un año de edad. Que el acusado le dio patadas y la golpeó con un palo de escoba. Que causó lesiones con un cortaúñas en el ojo a María. Que seguidamente golpeó con una sandalia en la cabeza a Simón.

La segunda de las imputaciones que formulan las acusaciones se constriñe a tres delitos leves de lesiones y la sustentan en los hechos, a los que hemos hecho referencia en el precedente párrafo, denunciados por la madre de los menores.

La Sala no puede tenerlos por probados en tanto la restante probanza actuada no hace sino refutarlos cobrando significación especial las aseveraciones de los menores Simón y María quienes en todo momento negaron que los mismos tuvieran lugar asegurando que su tío no les dañó.

Por su parte Simón se mostró firme al afirmar que a su madre la insultó y la dijo "guarrinadas" pero que no la llegó a alcanzar con el cortaúñas porque le esquivó.

Los informes médico-forenses obrantes a las actuaciones no pueden ser tenidos como corroboración periférica al consignar que al tiempo de practicarse el examen médico las pretendidas lesiones ya estaban curadas.



Por su parte el acusado niega rotundamente los hechos exponiendo que ese día acudió acompañado de su hermana Berta al domicilio de su otra hermana Crescencia para reclamar el pago de su nómina a su cuñado. Que no llegó a entrar que esta última le gritó y abandonó el lugar.

Dicha versión es secundada en la vista por la Sra. Berta aunque con divergencias respecto a lo expuesto por su hermano ya que aseguró que salió del coche y en compañía del acusado llamaron a la puerta, y su hermana les invitó a marcharse porque estaban molestando. Por el contrario el acusado aseguró que Berta no llegó a salir del vehículo.

Tales versiones exculpatorias no nos merecen credibilidad en cuanto son introducidas por primera vez en el acto del juicio. Tratándose de hechos tan graves sorprende tanto que el acusado no hubiera hecho mención de la presencia de su hermana el día en que acontecieron los hechos en su comparecencia ante el Juez de Instrucción, como que su hermana estando presente al tiempo de su detención no acudiera seguidamente a comisaría ni ulteriormente ante el órgano judicial en defensa de aquel.

En relación con las periciales psicológicas, particularmente 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 credibilidad narrativa al discurso del menor por entender que lo que narra no aparece como producto de la fabulación.

Conviene destacar que para esa pericia, como en tantas ocasiones sucede, sólo se ha contado con los datos aportados por las menores, y por sus progenitores en su caso, sin acceder al resto de la probatura y sin comparar los elementos discutivos que proporcionaban 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.

Como señala la STS de 17-1-19, con cita de las SSTs de 28-5-07, 21-3-11, 20-11-12, "por lo que se refiere a la pericial psicológica sobre la veracidad de las declaraciones prestadas, hemos de recordar que no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas", o que "el perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria".

Es por ello que existiendo serias dudas de que los hechos sucedieran tal y como ha mantenido la acusación, hallándonos en una situación de completa incertidumbre probatoria, que procede inclinarnos, siguiendo el principio "in dubio pro reo" por la absolución, al no encontrar elementos reforzados que permitan adoptar otra postura distinta.

TERCERO.- No procede pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

CUARTO.- El artículo 240 Ley enjuiciamiento Criminal (L.E.CR) dispone que no se impondrán nunca las costas a los procesados que fueren absueltos. No procede la imposición de costas, declarándose las mismas de oficio.

Vistos los artículos anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS** al acusado Horacio , tanto del delito de delito de agresión sexual en grado de tentativa a menor de dieciséis años de los artículos , 183.1, 2, 3 y 4, letra d) , y 16 y 62 del código penal, como de los tres delitos leves de lesiones del artículo 147.2 de idéntico cuerpo legal de los que venía siendo acusado con todos los pronunciamientos favorables derivados de esta causa.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Se dejan sin efecto las medidas cautelares adoptasen las presentes actuaciones.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de apelación dentro del plazo de diez días después de la última notificación.



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

PUBLICACIÓN.- 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 .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ