



Roj: **SAP T 1076/2019 - ECLI: ES:APT:2019:1076**

Id Cendoj: **43148370022019100279**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **2**

Fecha: **28/06/2019**

Nº de Recurso: **9/2018**

Nº de Resolución: **315/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **SUSANA CALVO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1 / 25

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA SECCIÓN SEGUNDA

Rollo de Sala Procedimiento Ordinario nº 9/2018

Sumario nº 3/2016

Juzgado de Instrucción nº 2 de Tarragona

Tribunal Magistrados:

Ángel Martínez Sáez (Presidente) Antonio Fernández Mata

Susana Calvo González

SENTENCIA N° 315/2019

En Tarragona, a 28 de junio de 2019

Se ha sustanciado ante esta Audiencia Provincial la presente causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Tarragona, bajo el procedimiento sumario nº 3/2016 por delito de abuso sexual del art. 181 1. 2. 3. en relación con el art.

180.1 y 4 CP, un delito de abuso sexual del art. 181. 1. 2. y 3 en relación con el art. 180.1 y 4 CP, delito de abuso sexual con acceso carnal previsto y penado en el art. 182.1 y 2 en relación con el art. 180.1 y 4 CP, un delito de abuso sexual del art. 181. 1 y 5. CP y un segundo delito de abuso sexual del art. 181.

1 y 5 CP, todos ellos en su redacción vigente en el momento de los hechos,

contra Nicolas , representado por el Procurador Sr. Martínez García y asistido por el Letrado Sr. Garabatos Miquel, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal en ejercicio de la acusación pública.

Ha sido Ponente la magistrada Susana Calvo González.

ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- En fecha 24 de enero de 2019 se dio inicio al acto del juicio, abriendo el tribunal turno a las partes a los efectos de que plantean cuestiones previas, solicitando el Ministerio Fiscal como medida de protección de las víctimas que el acto del juicio al momento de declaración de Purificación y Rita no fuera público y que al objeto de que las mismas se encontraran en una situación escénica libre de coerción su declaración se practicara empleando un biombo de modo que no existiera comunicación visual con el acusado. La defensa no se opuso a ninguna de las dos peticiones.

El Tribunal, en cuanto a la solicitud de publicidad restringida, acordó que la declaración de la denunciante y la Sra. Rita también perjudicada se realizara en audiencia reservada, pues se constató con claridad las razones justificativas de la medida a la luz de lo dispuesto en los artículos 120 CE, 232 LOPJ y 680 LECr, interpretados



conforme a la doctrina constitucional contenida en la STC 57/2004. En efecto, la naturaleza de los hechos justiciables, su condición de menores en el momento de producción de los mismos y el interés de ambas en preservar su intimidad aconsejaban la medida de limitación de la publicidad externa, declarando la exclusión del público de la Sala cuando aquellas declarasen.

En el mismo sentido, se acordó que su declaración fuera resguardada con biombo de modo que la testifical de ambas estuviera libre de toda intimidación escénica por la presencia del acusado en la Sala.

No fue necesaria la lectura de los escritos de acusación y defensa dándose el acusado por ilustrado del contenido de la acusación formulada por la Fiscalía en su contra.

Seguidamente se procedió al trámite del art. 786 LECr, en el que el Ministerio Fiscal aportó nueva prueba que se encontraba disponible en el acto, así pericial de Aurelia , María Dolores , Aida , Juan Carlos y testifical de Juan Pedro . La defensa se opuso a la admisión de dicha prueba nueva, solicitando subsidiariamente en caso de que se admitiera por la Sala, la suspensión del acto a los efectos de poder preparar la defensa del Sr. Nicolas a la vista de la amplia e ignorada hasta ese momento actividad probatoria pretendida.

La Sala acordó admitir la nueva prueba propuesta por el Ministerio Fiscal y al mismo tiempo atender a la solicitud de la defensa a la que el Ministerio Fiscal no se opuso, acordando la suspensión de la vista y continuación con la práctica de la prueba en una segunda sesión, lo que además permitiría citar de nuevo a Rita no comparecida en la primera sesión. La segunda sesión se señaló para el día 4 de abril de 2019.

SEGUNDO.- En la segunda referida sesión, se practicó toda la prueba propuesta y admitida, declaración de Purificacion , Rita , Soledad y Juan Pedro y las periciales referidas.

Concluida la pericial, se practicó la prueba documental, de conformidad a las exigencias de contradicción.

TERCERO.- En fase de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal realizó pequeñas matizaciones en la primera de sus conclusiones, interesando la condena del acusado como autor de dos delitos de abuso sexual del art. 181. 1

.2 y .3 en relación con el artículo 180.1.4 CP vigente en el momento de los hechos (delitos a y b), un delito de abuso sexual con acceso carnal previsto y penado en el art. 182 1. y . 2 en relación con el art. 180.1 y 4 del CP vigente en el momento de los hechos (delito c), y dos delitos de abuso sexual previsto y penado en el art. 181. 1 y . 5 del Código Penal en el momento de los hechos (delitos d y e), concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, solicitando la imposición por la comisión de los delitos a, b y d, de una pena de

3 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de la condena y de conformidad con lo prevenido en el art. 48 y 57 CP, la imposición de la prohibición de aproximarse a Purificacion , a su domicilio, lugar donde curse sus estudio sy lugar frecuentado por esta a una distancia inferior a los 500 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento en conformidad con el art. 57 CP por período de 5 años; por la comisión del delito c) la pena de 10 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de conformidad con lo prevenido en el art. 48 y 57 CP, la imposición de la prohibición de aproximarse a Purificacion , a su domicilio, lugar donde curse sus estudios y lugar frecuentado por esta a una distancia inferior a los 500 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento en conformidad con el art. 57 CP por período de 15 años; y por el delito e) la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el

ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo e la condena, y de conformidad con lo prevenido en el art. 48 y 57 CP, la imposición de la prohibición de aproximarse a Rita a su domicilio, lugar donde curse sus estudio sy lugar frecuentado por esta a una distancia inferior a los 500 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento en conformidad con el art. 57 CP por período de 5 años. Solicitó igualmente se condenare al acusado a indemnizar a Antonieta en la cantidad de 5000 euros por los daños morales y a Rita en 1.000 euros por el mismo concepto, así como que se le impusieren las costas procesales.

La defensa del acusado, elevando a definitivas sus conclusiones, solicitó la libre absolución de su defendido.

CUARTO.- Evacuados los informes, el tribunal concedió la última palabra al procesado, declarando a continuación el juicio visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Purificacion , nacida el NUM000 de 1997, es hija del acusado Nicolas y de Soledad , quienes se encuentran divorciados en virtud de sentencia de 8 de noviembre de 2005, residiendo la unidad familiar durante la convivencia en el BLOQUE000 NUM001 BLOQUE001 pio NUM002 puerta NUM003 de Tarragona.



SEGUNDO.- En Navidad del 2009, Purificacion y su hermana pernoctaron algún día en una autocaravana en la PLAYA000 de Tarragona con Nicolas .

TERCERO.- En fecha no determinada en el 2010, el acusado quedó al cuidado en el que fuera domicilio común de las dos hijas en alguna ocasión ya que Soledad se encontraba con su madre en el hospital.

CUARTO.- En fecha no determinada del año 2014 pero en cualquier caso anterior a junio, Purificacion y Rita se encontraban en el domicilio familiar arreglándose para salir y al despedirse Nicolas le tocó el culo a su hija.

QUINTO.- Purificacion fue ingresada en la DIRECCION000 , por DIRECCION001 (dificultades en la conducta alimentaria y tendencia a autolesiones en forma de cortes en brazos como un intento de disminuir el malestar) y DIRECCION002 de varias semanas de evolución en contexto de DIRECCION003 recibiendo el alta médica el 5 de junio de 2014.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Cuestión previa. Concurrencia de requisito de procedibilidad del art. 191.1 CP .

La Sala debe plantearse en primer lugar, la concurrencia de requisito de procedibilidad previsto en el artículo 191 del Código Penal en relación con los hechos objeto de pretensión condenatoria referidos a Rita . El artículo 191.1 CP, en relación con los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, señala que será precisa la denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal para proceder por los mismos. Para el Tribunal Supremo en estos delitos configurados legalmente

como semipúblicos, el legislador es consciente de lo que la publicidad del proceso puede suponer para la víctima y su familia teniendo en cuenta el derecho a la intimidad y los derechos de la persona, dejando en manos del agraviado la oportunidad o no de la persecución de los delitos mencionados.

No obstante lo dicho, para entender observada la exigencia de ese requisito de procedibilidad, basta la presencia en la causa del agraviado o de su representante legal, esto es, la personación en la causa de las personas que pueden activar el proceso penal supone la voluntad de perseguir un hecho delictivo que afecta al perjudicado o a su representado (SSTS nº 1341/2013, de 21 de noviembre o STS de 19 de abril de 2000). Es decir, la inexistencia del requisito de procedibilidad es convalidable. Se trata de un vicio de simple anulabilidad susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas. Entiende el Tribunal Supremo que dicha actitud convalidadora que se da cuando la parte perjudicada comparece en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando a la investigación judicial, al ofrecer en sus manifestaciones datos precisos para el esclarecimiento de los hechos sin mostrar reparo alguno a la continuación del proceso (SSTS de 20 de noviembre de 2000, 25 de octubre de 1994).

Pues bien, en el caso de autos examinadas las actuaciones, consta que los representantes legales de la entonces menor Rita no presentaron denuncia los hechos por los que se ha formulado acusación por el Ministerio Fiscal de los que resultaría directamente perjudicada, y tampoco lo hizo la Fiscalía, habiendo el órgano judicial actuado de oficio. Ante tal circunstancia, la Sala debe analizar la voluntad procesadora de la ya mayor de edad y que a tal respecto fue interrogada por el Ministerio Fiscal en el momento de declarar. Y Rita fue rotunda al afirmar que "no hubiera denunciado".

Se despeja por tanto claramente, la voluntad procesadora de la Sra. Rita ; respecto de los hechos sobre los que la misma aparece como presunta víctima en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal no podemos concluir que se haya cumplido en modo alguno el requisito de procedibilidad, motivo por el que procederá sin más trámites la absolución por los hechos y delito del que venía siendo acusado Nicolas respecto de Rita , sin necesidad consecuentemente, de analizar la actividad probatoria desplegada en relación a los mismos.

SEGUNDO.- Valoración probatoria.

Los hechos se declaran probados obtienen tal condición tras valorar la totalidad de las pruebas de diferente idiosincrasia o naturaleza, que se han practicado en el plenario, con respeto de los principios de inmediación y contradicción, y que no han permitido sostener la tesis acusatoria. Empezando por la declaración de la supuesta víctima, la entonces menor Purificacion , actualmente mayor de edad, hija del acusado, la misma, informada en el plenario del derecho que le asistía a no declarar en contra de su progenitor en aplicación del art. 416 LECr, se acogió al mismo, desprovocando de esta manera a la acusación de prueba directa de los hechos justiciables.

Conforme dispone el artículo 410 y 707 de la LECr, los testigos tienen la obligación de declarar y la negativa del testigo a declarar puede llegar a tener consecuencias penales, conforme dispone el artículo 716 LECr. Sin embargo, existen excepciones a la obligación de declarar sobre los hechos de los que se tenga conocimiento.



La que ahora nos interesa es la que establece el artículo 416 LECr y se reproduce en el artículo 707 de la LECr para el juicio

oral. El artículo 24.2 segundo párrafo CE , contiene una referencia a la posibilidad de dispensar a algunas personas de la obligación de declarar como testigo en los siguientes términos: "la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos". Es decir, deja en manos del legislador ordinario el detalle del alcance de la dispensa sin establecer condicionamiento alguno.

El TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de la dispensa de la obligación de declarar para algunos testigos que contienen diversas legislaciones nacionales y ha establecido que estas previsiones legales no son contrarias al derecho a un proceso equitativo establecido en el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales CEDH, (Casos Kostovski, TEDH S, 20 Nov. 1989; caso Windisch , TEDH S, 27 Sep. 1990 ; caso Delta, TEDH S, 19 Dic. 1990 ; caso Isgró, TEDH S 19 Feb. 1991 y caso Unterpertinger, TEDH S, 24 Nov. 1986).

Por su parte el Tribunal Supremo ha interpretado que la dispensa que se analiza se fundamenta en el principio de no exigibilidad de una conducta distinta y la necesidad de preservar la solidaridad en los vínculos familiares. En definitiva se reconoce a los testigos un derecho de autogestión de las relaciones familiares y de los conflictos surgidos en su seno. El testigo pariente se encuentra en una pulsión entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad, familiaridad, lealtad y afecto hacia una persona a él ligada por vínculos familiares. La finalidad de la dispensa contenida en el artículo 416 de la LECr sería, en consecuencia, proteger las relaciones familiares, preservando la paz y la intimidad en las mismas, valores constitucionalmente protegidos en los artículos 18 y 39 CE. Entiende el más alto Tribunal que la previsión del art.

416 LECr una garantía establecida para el testigo y no para el imputado, pues no es un derecho de éste, sino de aquél.

Así, Purificacion , hija del acusado, y presunta víctima de los delitos objeto de acusación, se acogió en el acto del juicio a la dispensa de declarar prevista en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por lo que ni tan siquiera podría haberse dado lectura a la declaración prestada en fase de instrucción, despejando cualquier duda sobre el particular por el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 23 de enero de 2018, siendo que de hecho la acusación no lo solicitó aquietándose a la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal.

Purificacion decidió y transmitió al Tribunal de forma expresa y clara la renuncia a continuar incriminando a la persona con la que se encuentra ligada por vínculos del art. 416 LECr, recuperando su voluntad de guardar silencio aun cuando inicialmente decidió poner en marcha el proceso penal en contra del Sr. Nicolas .

De este modo no se cuenta con testimonio directo de la presunta víctima sobre lo realmente ocurrido sosteniéndose la acusación en el resto de prueba practicada. Pero ya adelantamos, no es que no exista prueba de cargo suficiente, sino que, ante el silencio de Purificacion , simplemente, no hay prueba alguna.

Ante esta circunstancia debemos considerar que valor otorgamos a la información obtenida por un adulto, ya testigo ya perito, sobre episodios dramáticos vivenciado por una menor y a cuyo testimonio no se tiene acceso, como sucede en el caso de autos, contando solo con el testimonio de referencia. Así en el plenario se practicaron las testificales de Rodrigo ,

Rita y Juan Pedro y las periciales de Aurelia , María Dolores , Aida y Juan Carlos .

Soledad , madre de Purificacion y esposa hasta 2005 del acusado, quien manifestó querer declarar advertida del art. 416 LECr, refirió que tuvo conocimiento de los hechos el mismo día de interponer la denuncia y que su conocimiento de los mismos se circunscribía a lo "poco que ella (su hija) le explicó y lo que le explicaron en el instituto", revelando que cuando ha intentado hablar con Purificacion del tema le ha dicho "no quiere saber nada más del asunto". Añadió que su hija "no ha querido hablar de este asunto conmigo, me dice déjalo mamá, para mí está perdonado y ya está". Los demás detalles, añadió, los sabía por leer la copia de la declaración "y alguna vez que se la ha soltado algún detallito pero muy poco. "

Confirmó que Purificacion perdonó al acusado según le dijo hará unos dos años, que quería pasar página y que eso le hacía sentir mucho mejor y que quería mirar hacia delante y tener una buena relación con todo el mundo. Explicó también que actualmente el acusado casi cada día acompaña a su hija al trabajo, acude a buscarla a su lugar de estudio y de allí la lleva al trabajo. Confirmó el contexto espacio temporal de relaciones entre padre e hija en que se habrían desenvuelto los hechos objeto de acusación, así el lugar donde vivían constante matrimonio, refiriendo que se dedicaba en aquella época a sus labores y hacer alguna casita que tenía y que se ausentaba bastante y las niñas quedaban con el padre (y en tales términos se declaran probados, hecho probado primero). También refirió que una Nochevieja la pasaron en la autocaravana, más o menos cuando



Purificacion tenía 8 o 9 años. También explicó que en determinada época, unos 14 años atrás, su madre estaba hospitalizada con frecuencia en Barcelona y quedaban al cuidado del padre en el que fuera domicilio familiar, teniendo incluso éste que pernoctar en el mismo una noche (hechos probados segundo y tercero).

En cuanto al estado de Purificacion, concertó que "emocionalmente estaba mal, veía personas que no existían, oía voces que no existían y estuvo ingresada en el DIRECCION004 dos veces y hoy día se está tratando por todos estos problemas". Estos problemas empezaron, el primer episodio con 6 o 7 años, describiendo en la adolescencia tres DIRECCION009, siguiendo actualmente medicándose presentando días "mejores y otros peores".

Rita refirió que con Purificacion nunca había hablado del comportamiento de su padre, este tema no se lo ha querido sacar. Explicó que " *no detallado pero sí por encima, me ha contado por encima, me lo contó hace años, fuimos muy amigas durante cuatro años o así y luego la relación se cortó y obviamente durante ese tiempo hablamos del tema pero no lo recuerdo bien. Purificacion no está bien, psicológicamente no está bien, sabía que si le sacaba el tema se iba a poner mal y prefería no sacar el tema.* "

Depuso también como testigo Juan Pedro, profesor del Instituto de DIRECCION005, que en el curso escolar 2013-2014 sustituyó al psicopedagogo del centro escolar. Este refirió que Purificacion comenzó el curso motivada, y que presentó lo que calificó como "bajones" relacionados con la familia. Explicó que intentó indagar el motivo, pero que "son alumnos que te tienen que conocer, establecer un vínculo". Refirió que en la primera evaluación "pegó un bajón" y se estabilizó entre febrero y abril y que después de Semana Santa acudió a verle acompañada de una alumna y le explicó lo que indicó en el informe que obra en autos, resultando finalmente ingresada en la DIRECCION000 dejando de asistir a clase el veintitantos de abril de 2014.

Explicó que Purificacion tenía relación materno-filial un poco desordenada y la paterno-filial estaba deteriorada. Cuando Purificacion acudió a verle después de Semana Santa acompañada de otra menor (quien no depuso en el plenario), explicó el Sr. Juan Pedro que Purificacion le dijo que "en su casa ese fin de semana había pasado algo muy fuerte, le dije defíneme muy fuerte, no quería contarle, su amiga le instó a que me lo explicase" y entonces le explicó un episodio en relación con el padre que había sucedido a los 17 años. Añadió que Purificacion "a los pocos días me dijo: Juan Pedro, te tengo que explicar porque ello no fue la primera vez, hubo uno a los cuatro o cinco años y luego en el 2012", episodio este último que habría referido ante el DIRECCION006. Explicó que lo comunicó a dirección y redactó un informe (al folio 65, relata tres episodios relatados presuntamente por la menor y que pone en conocimiento de la dirección del centro la situación de Purificacion). Añadió que mientras relataba los hechos Purificacion se encontraba llorando, titubeando, bajando la mirada como culpable, pero decía que hacía lo que creía que tenía que hacer. Concretó que "había cosas que se guardaba y le decía la amiga que me contase lo que le había contado a ella." Describió el relato con "partes que eran muy descriptivas, no daba mucho detalle, pero eran descriptivas". Según su parecer, el relato de Purificacion no respondía a un lenguaje aprehendido, revelaba un relato desordenado que le ayudó a ir ordenándolo cronológicamente, lo que impresionaba de veracidad. Evidentemente el contenido de lo referido no accedió al plenario pues habría sido información de referencia que no sería viable introducir habiendo el testigo directo suprimido dicha información a la Sala al acogerse a su derecho a no declarar.

La Sala considera que la información probatoria transmitida por estos testigos, en el marco de la metodología de la que hacemos uso para valorar la prueba, responde al doble estándar de credibilidad objetiva y de verosimilitud subjetiva y es del todo fiable. Otra cosa es que carezca de todo valor reconstructivo.

También declararon en el plenario como peritos, Aurelia, María Dolores, Aida y Juan Carlos, habiendo tratado todos ellos en determinado momento a Purificacion. Igualmente las periciales practicadas ofrecieron información relevante, pero siempre localizada en la periferia de los hechos objeto de acusación. El Dr. Juan Carlos fue el firmante del Informe de la CLINICA000, DIRECCION000, informe de 5 de junio de 2014 que refiere como resumen clínico adolescente de 17 años que acude para ingreso autorizado desde DIRECCION006 Tarragona por DIRECCION001 y DIRECCION002 de varias semanas de evolución en contexto de DIRECCION003. Empeoramiento de la DIRECCION001, con DIRECCION002, pesadillas, flashbacks e insomnio de conciliación que se hila temporalmente al hecho de la denuncia en fecha 5 de mayo de 2014, produciéndose una progresiva mejora clínica tras ajuste de pauta farmacológica, presentándose eutímica al alta, todo ello consignado en el hecho probado quinto. No pudo ofrecer mayor información probatoria puesto que manifestó en el plenario que se limitó a firmar el alta, que tal y como consta la evolución y tratamiento lo llevó la Dra. Belen coordinadora de la DIRECCION000 en ese momento.

Aida, psicóloga clínica y coordinadora del DIRECCION006, y Aurelia, psiquiatra del DIRECCION006, ambas con 16 años de experiencia en salud mental infanto-juvenil, emitieron el informe obrante al folio 61, de 10 de febrero de 2012, comunicando la situación de riesgo de las menores a Fiscalía Protección de Menores, STAIA y EBASP de DIRECCION007 y DIRECCION008. Ambas, como se ha indicado, depusieron en el plenario. La



Sra. Aurelia refirió que trató a Purificación desde julio de 2011 a febrero de 2012 y que empezó a ser tratada en el servicio a los 14 años por dificultades de aprendizaje y posible déficit de atención; le

llegó derivada de otros servicios, había estado tres años en tratamiento en unidad por anorexia y se le había dado el alta seis meses atrás y en esos 6 meses refirió la primera verbalización de los hechos objeto de juicio a su madre según indicó la perito. En las visitas que se sucedieron refirió que empezaron a hablar de otros aspectos que no tenían que ver con el motivo de consulta, empezando a exteriorizar la situación ocurrida tiempo atrás en relación con la figura paterna. Explicó que le impresionó de veracidad y que decidió notificar la situación a ESPAIA, Fiscalía y Servicios Sociales. Interrogada expresamente no respecto al contenido de lo verbalizado, sino al modo de la verbalización, refirió que el discurso era el propio "de una persona joven que está pidiendo ayuda, que le pesa, que teme que no se finalice, que pueda seguir pasando y que pueda pasarle a su hermana", pero que presentaba "miedo de dar un paso adelante". Explicó que la rememoración en Purificación era dolorosa, lo fue explicando progresivamente, a medida que se creaba un clima de confianza con la terapeuta. En cuanto al estado emocional, percibió en Purificación además de la angustia por lo vivido, por sí misma y su hermana, también angustia por cómo proteger a su madre. Refirió que alertó a la madre respecto a la necesidad de regularizar las visitas con el padre a través de horarios y de que ella se encontrara presente, pero la progenitora no seguía las indicaciones de las profesionales, "le costaba ser firme en las decisiones" no había regularidad ni orden y el padre acudía en cualquier horario. Por su parte la Sra. Aida no llegó a explorar a Purificación, solo a su hermana menor, realizando el informe conjunto porque entendían que estaban relacionados en ambos casos, llegando finalmente las dos técnicas a notificar la situación atendiendo a su apreciación, a que la propia madre daba veracidad a lo que la hija decía y al mismo tiempo no cumplía las indicaciones en cuanto al régimen de visitas. Concretó la Sra. Aurelia que poco después de ello y tras judicializarse el caso e inicialmente imputarse a la madre, la familia solicitó un cambio de asignación de profesional.

En definitiva, la Sra. Aurelia describió que Purificación presentaba un estado psicopatológico de angustia y temor por la situación después de que el padre apareciera con regalos costosos en visitas no previstas y "que la menor era una muchacha frágil, dando la sensación era que le había costado mucho pedir ayuda y que a nivel de instituto era una muchacha inhibida".

María Dolores, psicóloga clínica firmante del informe de asistencia del DIRECCION006 Tarragona a los folios 51 y 52, de 17 de junio de 2014, refirió en el mismo que "persiste en el momento DIRECCION001, dificultades en la conducta alimentaria y tendencia a autolesiones en forma de cortes en brazos como un intento de disminuir el malestar, mejora del patrón del sueño y remisión de DIRECCION002 y contenidos delirantes del pensamiento, sintomatología que manifiesta compatible con la presencia de un trastorno de DIRECCION003 en el contexto de una situación de riesgo crónico" (hecho probado quinto). La Sra. María Dolores, fue quien recibió a la paciente, Purificación, cuando la familia pidió un cambio de profesional. Explicó que la trató entre 2012 y 2015 en que pasó a la red asistencial de adultos, seguimiento "con idas y venidas" ya que ingresó en el DIRECCION000 y en el hospital de día, presentando momentos que estaba mejor y otros peor, no llegando a estar bien en ningún momento y concretando que "en el último momento "hay una agravación por unas visitas con el padre que le incomodaban porque no guardaban la distancia", llegando a tener que ser ingresada. A la perito Purificación no llegó a contarle con detalle lo ocurrido, rememoración que pensó que no era necesario ni positiva para Purificación, pero añadió que Purificación sí que se refería constante a los episodios sufridos y al malestar que seguía sufriendo como consecuencia de ello. Respecto a la figura paterna presentaba mucha ambivalencia, temor, pero también vergüenza, culpa, presentando síntomas

compatibles con un diagnóstico de síndrome de DIRECCION003, a su parecer, reminiscencia de la situación traumática vivida, en concreto, dificultades para dormir, ansiedad, tristeza y a veces confusión que no sabe si se ha vivido o no, de haber sufrido mucho estrés. Para la perito, sin perjuicio de apostillar que su función profesional no es de emitir un juicio de "credibilidad", sino de tratamiento de un paciente, el relato de Purificación era coherente y veraz, transmitiendo una ambivalencia constantemente, creyendo en momentos que denunciar tendría consecuencias positivas y otros que no, con miedo de las consecuencias no solo a nivel físico sino emocional, presentando miedo a romper la familia.

Respecto a dichas pericias, su exposición en el plenario por los peritos permitió a la Sala valorar los conocimientos de los peritos que las elaboraron en cada caso, su concreta pericia técnica y experiencia y la conclusividad de los resultados analíticos obtenidos, que han sido plenamente asumidos por el Tribunal a pesar de haber sido cuestionadas por la defensa desde el punto de vista de su *cientificidad*, valga la expresión. En este sentido intervino como perito en juicio la Dra. Montserrat, doctora en Psicología por la Universidad de Barcelona y Especialista en Psicología Clínica. El objeto de su pericia no fue la entonces menor si no la documental y pericial obrante en autos. Así en el soporte documentado de su pericia concluye que valorando la documental obrante en autos, en el caso que no se ha realizado adecuado análisis del testimonio de la menor,



señalando que el documento de exploración de la menor carece de rigor científico; en segundo lugar refiere que el estado psicológico de la menor es complejo con una historia clínica acreditada en el DIRECCION006 desde los 7 años, considerando que elementos que consta en la historia clínica que pudieron desencadenar el trastorno de DIRECCION003 prolongado y que no se ha valorado su influencia en los abusos referidos,

recomendando una exploración del padre en base a las apreciaciones del Dr. Juan Carlos de trastorno mental y adicción al alcohol, definiendo un "posible trastorno mental no filiado". En cuanto a la primera conclusión de la pericia es absolutamente cuestionable una pericia sobre la pericia, que además parte del error de considerar que la exploración de la menor obrante en autos es una exploración psicológica cuando lo cierto es que es la exploración judicial que no responde a parámetros clínicos sino jurídicos, a lo que hay que añadir que en modo alguno la *fiabilidad* del testimonio, empleando términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es objeto de valoración judicial y que no puede ser hurtado al juez o tribunal sentenciador y sustituido por una valoración pericial.

Pues bien, distintos profesionales que en distintos momentos trataron desde su perspectiva médica o psicológica concreta a Purificacion, habiendo tenido conocimiento de hechos relatados por Purificacion trasladados al escrito de acusación, los mismos concluyen que desde su perspectiva el relato parecía corresponderse con experiencias vividas y la DIRECCION001 de Purificacion era compatible con sucesos como los que la menor relató. No es de este parecer la Dra. Montserrat, cuyas conclusiones no podemos sino afirmar que están claramente amputadas por el hecho de no haber explorado a la menor.

La formación, nutrida experiencia y carácter absolutamente concluyente y rotundo de las periciales referidas sirven a la Sala para tener por probado que Purificacion sufrió un ingreso clínico con un muy concreto diagnóstico asociado una problemática con su progenitor (hecho probado quinto). Ahora bien, la información suministrada por los peritos de nada sirve si desconocemos, porque no se ha practicado prueba al acogerse Purificacion a su derecho a no declarar a los hechos que Purificacion en su momento manifestó haber sufrido.

Por último, de la declaración plenaria del acusado podemos rescatar únicamente la negativa reiterada de los hechos objeto de acusación.

La Sala se encuentra ante unas pericias que confirman que Purificacion padeció unos episodios que le produjeron profundo malestar psíquico verbalizando ante terceros (tanto peritos como Rita, Juan Pedro y su madre) abusos de distinta índole que su padre en distintos momentos de su vida habría cometido sobre su persona hasta el año 2014. Ahora bien, la información completa, concreta, descriptiva, identificadora en su caso de los elementos de los tipos objeto de acusación, no ha accedido al plenario. Y en este sentido, la información probatoria que pudieren aportar los testigos de referencia y los peritos, en este extremo también testigos de referencia, carecería de toda relevancia probatoria. Tal y como se afirma en la STC 209/2001, de 22 de octubre, transcrita en la STC 155/2002, de 22 de julio, incorporar al proceso declaraciones testimoniales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/1999, de 31 de mayo; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre; 79/1994, de 14 de marzo; 35/1995, de 6 de febrero, y 7/1999, de 8 de febrero). De otro lado, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/1997, de 15 de julio; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero, y 97/1999, de 31 de mayo) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una

garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta, 36 y 37)".

En lógica consecuencia, la doctrina constitucional establece como presupuesto que "el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal" (SSTC 79/1994, de 14 de marzo; 68/2002, de 21 de marzo; y 155/2002), lo que no es equiparable a los supuestos en los que la víctima se acoge a su derecho a no declarar, en los que también resulta improcedente acudir a la vía prevista en el art. 714 o 730 LECr (SSTS nº 459/2010, de 14 de mayo entre otras muchas).

Establecida por el Legislador la dispensa legal de declarar en contra del pariente, su observancia y respeto pasa a formar parte de las garantías procesales que deben rodear a la obtención de la prueba de cargo, en este caso, la que pueda extraerse de la declaración del testigo principal y directo, pariente del acusado. Carecerán de aptitud como prueba de cargo las manifestaciones de los testigos de referencia pero también las referencias producidas extraprocesalmente, que ni siquiera se han ratificado a presencia judicial. Pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas, esto es, de tener por probado sin más que se hicieron



ciertas afirmaciones por el testigo directo, a estimar acreditada la certeza de lo afirmado por aquél a quién se oyó, equivaldría a privilegiar una narración extraprocesal sustraída a la intermediación y a la contradicción sin posibilidad de que el Juzgador pueda captar elementos relevantes de credibilidad, al verse privado del testimonio del testigo directo y principal.

A mayor abundamiento, el testigo de referencia nunca podría acreditar nada

más allá de lo que hubiera podido acreditar el testimonio plenario del testigo directo, si es que éste se hubiera producido. Por ese nos parece que en todo caso resultaría insoslayable concluir que el hecho de que el testigo directo se haya acogido a la dispensa, sustrayendo al tribunal la posibilidad de determinar con intermediación la credibilidad de este testigo principal, integra en sí mismo un supuesto de franca "impersistencia", como elemento primordial en la valoración del testimonio de la víctima para que pudiera, en todo caso, alcanzar valor de prueba de cargo.

Por todo ello, ejercitada la dispensa legal de declarar, el recurso al testigo de referencia resultaría improcedente, pues su espacio operativo, fuera de los supuestos de imposibilidad real y efectiva, se limitaría a fundamentar la valoración de la fiabilidad o credibilidad de la declaración del testigo, acomodando de hecho la acusación las preguntas realizadas a los testigos y peritos a tales pronunciamientos evitando la introducción en el plenario de toda información referencia a ellos por Purificación. De hecho la Fiscalía escrupulosamente respetuosa con la jurisprudencia referida, de manera explicitada previamente a los interrogados y muy cuidadosa, no interrogó respecto a dicha información de referencia.

Es evidente que los testigos de referencia, pueden informar de elementos fácticos de los que conocen por *auditio proprio*, al igual que los peritos en su labor de diagnóstico y curación o en su caso acompañamiento tras contacto con la menor. Pero no estamos ante un supuesto en que los datos informativos que suministra la percepción directa por parte de los testigos de referencia o los peritos, permitan por sí mismos construir una sólida cadena de indicios en los que asentar la inferencia de la que se obtiene la certeza del hecho punible con una altísima tasa de conclusividad.

En suma, lo que los testigos de referencia vieron y observaron directamente

- *auditio proprio*-, así como la objetivización de las patologías médicas de Purificación a través de los informes médicos, valorados conjuntamente, no permite asentar conforme a los postulados y exigencias de la llamada prueba indiciaria, una conclusión sobre la conducta criminal violenta que desemboque en un pronunciamiento condenatorio. Sin la declaración de la víctima es imposible concretar la causa de los padecimientos que presentaba Purificación.

No obstante lo dicho hasta ahora, en cuanto a los hechos consistentes en golpear en el culo a su hija Purificación objeto de acusación, no existe una orfandad absoluta de prueba, ya que Rita fue testigo de los mismos. Rita, amiga de Purificación en el año 2014, compareció en el plenario declarando que actualmente ya no tenía relación con Purificación desde hace unos 3 años. Fue testigo directa de un episodio, además de perjudicada (estando a lo dicho en el fundamento jurídico primero) y manifestó que aquel día, "estaba con Purificación en el baño, nos estábamos arreglando y el acusado estaba allí con nosotras hablando y tal y a la hora de despedirse nos tocó el culo". Él estaba en la puerta, no recordaba de qué hablaban; le fueron a dar dos besos y "él nos hizo así, gesto con la mano, y nos dio en el culo", no recordando si dijo alguna cosa en aquel momento. Admitió que el acusado a veces le decía que estaban guapa pero ese día no recordaba si lo dijo. No pudo ubicar en concreto cuando se produjo el episodio pero refirió que fue uno o dos años de su mayoría de edad. Interrogada sobre su reacción, explicó que "como era más joven, más pequeña, no me lo esperé y quedé en shock y no supo reaccionar y hablé con la Purificación y le dije que no le parecía normal lo que había hecho (su padre)" y que creía que Purificación había reaccionado igual que ella. Respecto a este episodio,

Soledad explicó que Purificación le dijo que le dijo que estaban pintándose para salir y que estaban bailando y que le dijo que guapas estáis y les pegó una palmada en el culo, eso se lo contó Purificación a ella, se lo contó cuatro, cinco o seis días después, reiterando en este punto la inutilizabilidad de lo contado por Purificación quien no quiso manifestar en el plenario.

Pues bien, la descripción fáctica que realiza Rita, sin dudar de la misma, no permite deducir la concurrencia de todos los elementos del tipo. La información ofrecida por la Sra. Soledad carece de relevancia probatoria al ser testigo de referencia, por lo que no podemos tener por acreditado que el gesto referido fuera acompañado de alguna manifestación. No se describió por Rita el contexto en el que se produjeron los hechos que permitan inferir la existencia de un ánimo libidinoso en un acto que carente del mismo no tiene significado unívoco pudiendo ser un gesto cariñoso, juguetón, provocador o de otra naturaleza. La falta de testigo directo nos sitúa en el ámbito de la conjetura, debiendo afirmar falta de elementos probatorios respecto a los delitos objeto



de acusación, sin perjuicio de en base a las manifestaciones de la testigo se declaren probados los hechos contenidos en el apartado quinto.

Es cierto que el trasero es una zona naturalmente erótica a los efectos de considerar un tocamiento voluntario en esas partes como de contenido sexual. *No se puede tildar el tocamiento como delictivo puesto que no se cuenta con elementos que puedan permitir inferir* el claro propósito libidinoso del acusado: contexto en que se produjeron, frases que acompañaron, actos anteriores y posteriores, reacción de Purificación . El hecho puntual es excesivamente genérico y difuso y no podemos sino afirmar que resulta inocuo desde la perspectiva del presente enjuiciamiento. La STS nº 957/16 de 19 de diciembre afirma que el ánimo lascivo o libidinoso no se trata de un requisito subjetivo añadido al dolo

en el delito de abusos sexuales pues ello implicaría introducir elementos típicos ajenos al texto de la norma, bastando el conocimiento de realizar acciones sexuales sobre otro sin su consentimiento o cuando el consentimiento es ineficaz aunque, eso sí, esa clase de ánimo puede servir, en los casos de tocamientos, para constatar la naturaleza sexual del comportamiento ante la insuficiencia de las circunstancias objetivas del tocamiento perpetrado para explicar por sí solas su carácter sexual.

En nuestro caso, desde esa perspectiva no resulta evidente que los tocamientos que llevó a cabo el acusado a su hija en el trasero revistieran objetivamente carácter sexual y supusieron un ataque a la indemnidad sexual de dicha menor.

Concluyendo, con el marco probatorio subsistente expuesto, nos vemos en la obligación de concluir que la tesis acusatoria no ha quedado probada y menos con la contundencia que reclama el principio de presunción de inocencia como regla de enjuiciamiento por lo que procede la absolución del acusado con todos los pedimentos favorables.

TERCERO.- Costas procesales.

En aplicación de lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , las costas procesales se declaran de oficio atendido la absolución del acusado.

FALLO

LA SALA ACUERDA ABSOLVER a Nicolas de los hechos y

delitos por los que venía siendo acusado, declarando las costas de oficio.

Déjense sin efecto todas las medidas cautelares adoptadas en la instrucción del presente rollo.

Notifíquese la presente resolución a las partes con expresión del derecho de las mismas a interponer recurso de casación en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación practicada en esta sentencia.

Esta es nuestra sentencia que firmamos y ordenamos.