



Roj: **SAP T 1094/2019 - ECLI: ES:APT:2019:1094**

Id Cendoj: **43148370042019100244**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **4**

Fecha: **25/07/2019**

Nº de Recurso: **60/2018**

Nº de Resolución: **310/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA CONCEPCION MONTARDIT CHICA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE TARRAGONA

SECCIÓN CUARTA

Rollo de Sala nº 60/18-7

Procedimiento Abreviado nº 11/17

(Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000)

Tribunal:

Magistrados

Javier Hernández García (Presidente)

Francisco José Revuelta Muñoz

Mª Concepción Montardit Chica

SENTENCIA NÚM. 310/2019

En Tarragona, a 25 de julio de 2019

Se ha sustanciado ante esta Sección Penal de la Audiencia Provincial de Tarragona, el presente Rollo de Sala nº 60/18, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION000 bajo el número de Procedimiento Abreviado 11/17, por un presunto delito de abuso sexual, contra **Roman** , mayor de edad, sin antecedentes penales, en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador Sr. Francesc Franch Zaragoza y asistido por el Letrado Sr. Alberto Venegas Lupiañez.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal ejercitando la acusación pública.

Ha sido ponente de esta sentencia la Magistrada **Mª Concepción Montardit Chica**

ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Abierto el juicio oral, y de conformidad con el artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se confirió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre la publicidad del juicio, atendida la naturaleza del delito objeto de enjuiciamiento.

El Ministerio Fiscal interesó la celebración del juicio a puerta cerrada a fin de garantizar el interés de la menor. La defensa se opuso a que todo el juicio se celebrase a puerta cerrada, bastando, a su parecer, con que la limitación alcanzase únicamente al momento de la declaración plenaria de la menor o, en su caso, de la reproducción de la exploración realizada como prueba preconstituida.



La Sala acordó que únicamente se preservaría de publicidad la visualización de la prueba preconstituida, no así el resto de la prueba pues en relación con la misma las razones de protección victimológica perderían intensidad, debiendo primar el principio general de publicidad.

A continuación, de conformidad con el art. 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Sr. Letrado de la Administración de Justicia procedió a la lectura del escrito de acusación, no obrando escrito de defensa al no haber sido presentado en su momento procesal, precluyéndole el trámite a dicha parte, a la que, conforme al artículo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se tuvo por opuesta a la acusación, siguiendo la causa su curso.

Hecha la lectura, el Sr. Letrado de la Administración de Justicia dio cuenta al Tribunal de que el acusado había consignado el importe de la responsabilidad civil, constando así en la Pieza de la Sala.

Seguidamente, se ofreció a las partes la posibilidad de suscitar cuestiones previas y de proponer prueba que estuviera a disposición del Tribunal.

La defensa planteó como cuestión previa que debía ser excluida parte de la documental obrante a los folios 14 a 67, propuesta por el Ministerio Fiscal, que fue admitida por el Tribunal en el auto de admisión de pruebas. Se trata de un expediente administrativo que contiene declaraciones testificales y del aquí acusado, las cuales tienen carácter de prueba personal y por tanto han de ser introducidas en el cuadro probatorio mediante la declaración plenaria de quienes las prestaron.

Además, la defensa propuso prueba documental sobre la condición laboral del acusado y copia del libro de familia.

El Ministerio Fiscal se opuso a la cuestión previa por entender que tratándose de un expediente administrativo, las declaraciones se erigen en prueba documental que forma parte del expediente.

En cuanto a la prueba propuesta por la defensa, no se opuso a su admisión.

El Tribunal, tras la oportuna deliberación, se pronunció sobre la cuestión previa en el sentido de que efectivamente las declaraciones contenidas en el expediente administrativo no pueden tener vocación probatoria alguna, sin perjuicio de que el expediente tiene una unidad interna que la Sala no puede segregar, tal como se motivará con mayor precisión en esta misma sentencia.

Tanto la defensa como el Ministerio Fiscal no mostraron objeción alguna al pronunciamiento del Tribunal, que además admitió los medios probatorios propuestos.

Abierto el incidente del artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la posibilidad de alterar el orden probatorio, la defensa manifestó que no lo solicitaba.

Además alegó, en relación con la prueba de declaración de la menor, que el informe del Equipo Técnico sobre la conveniencia o el perjuicio que para aquélla pudiera suponer declarar personalmente en el juicio, resultaba tan genérico que no se sabía si venía referido a la menor del concreto caso que nos ocupa, y que por ello se hacía necesario, para conocer si realmente le perjudicaría declarar en Sala, que la profesional que emitió el informe aclarase tal circunstancia ante el Tribunal.

La Sala, tras deliberación y razonamiento de la decisión alcanzada, de la que daremos cuenta en esta misma sentencia, se pronunció en el sentido de introducir la testifical de la menor mediante la prueba preconstituida, frente a lo que el Ministerio Fiscal se mostró conforme, en tanto que la defensa formuló protesta.

SEGUNDO.- Abierto el trámite de prueba, se practicaron en una sesión los siguientes medios probatorios, y por este orden: interrogatorio del acusado, que se acogió a su derecho a no declarar; visionado/audición de la grabación de la exploración de la menor Susana, realizada como prueba preconstituida; testificales de la Sra. Valle, Sra. Victoria, Sra. Virtudes y Sr. Luis Miguel; pericial del psicólogo del Equipo Técnico Sr. Jesús Luis; y documental, de la que acusación y defensa se dieron por ilustradas, interesando se tuviera por reproducida.

TERCERO.- En fase de conclusiones, el Ministerio Fiscal introdujo algunas modificaciones a su escrito provisional, para interesar definitivamente la condena de Roman, como autor de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años cometido por funcionario público del artículo 183.1.5ª del Código Penal, en relación con el artículo 24 del mismo texto legal, concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño del artículo 21.5ª, a la pena de dos años y seis meses de prisión, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como de inhabilitación especial (aclarado en fase de informes, pues primeramente pidió absoluta) por tiempo de seis años y seis meses conforme al artículo 192.3 del Código Penal; y de conformidad con el artículo 57, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a la menor, su domicilio, lugar de estudio y cualquier otro frecuentado por la misma, por un período de cinco años.



Más costas procesales.

En materia de responsabilidad civil solicitó la obligación a cargo del acusado de indemnizar a la menor en la cuantía de 400 euros por los daños morales causados, con los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

La defensa, que no había presentado escrito de conclusiones provisionales al haberle precluido el plazo, solicitó la absolución del acusado y que, para el caso de recaer sentencia condenatoria, fuera apreciada la atenuante de dilaciones indebidas simples al haber sufrido el procedimiento una paralización desde el auto de la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial dictado el 18 de septiembre de 2017 en sede de apelación, mientras la causa se hallaba en fase de Instrucción, hasta el auto de apertura de juicio oral de 1 de marzo de 2018; así como la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5ª.

La Sala, al amparo del artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , requirió a la acusación pública aclaración sobre la medida de libertad vigilada del artículo 192.1 del Código Penal que no había sido solicitada pese al tenor del precepto. Y ello fue aclarado en el sentido de que no se solicitaba dada la condición de primodelincuente del acusado y la no apreciación de peligrosidad.

También se le requirió para que justificase la petición de aplicación del subtipo agravado de prevalimiento del artículo 183. El Ministerio Fiscal informó que se trata de un funcionario, un conserje que desempeña su función en un Centro Cívico, en contacto con menores, y por ello se le solicita la inhabilitación de seis años y seis meses para ejercer cualquier profesión u oficio en relación con los menores.

CUARTO.- Evacuados los informes por las partes, el Tribunal concedió la última palabra al acusado, de cuyo trámite hizo uso, declarándose a continuación el juicio visto para sentencia.

CUESTIONES PROCESALES Y PREVIAS

PRIMERA.- Anonimización parcial de los datos identificativos de la menor. Atendido el objeto del proceso, al amparo del artículo 8 de las Reglas Mínimas de Beijing sobre intervención de menores en el proceso penal, aprobadas por Resolución de 28 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de Naciones Unidas, y de conformidad con la doctrina tanto convencional -SSTEDH, caso Z c. Finlandia, de 25 de febrero de 1995 ; caso C.C c. España de 6 de enero de 2010 - como constitucional - SSTC 185/2002 , 127/2003 , 144/2003 , 114/2006 , 41/2009 , 64/2011 - así como de la interpretación teleológica de lo previsto en los artículos 232 y 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 140.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 906 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , procede identificar a la menor solo por sus iniciales, y ello con la finalidad esencial de salvaguardar su intimidad evitando de esta manera que la sentencia, dada su publicidad, pueda convertirse en un instrumento indirecto de victimización secundaria. Los artículos 19 y siguientes del Estatuto de la Víctima y, de forma particular respecto a víctimas especialmente vulnerables, imponen obligaciones positivas de garantizar un nivel adecuado de protección que en el caso se traduce en la necesidad de limitar el principio de integridad informativa de las resoluciones judiciales.

SEGUNDA.- Como adelantábamos el Tribunal acordó, en los términos interesados, la limitación de la publicidad del juicio, si bien, no haciéndolo extensible a la totalidad del mismo por estimar suficiente para preservar la intimidad y los derechos de la presunta víctima, limitarlo únicamente al momento de la visualización de la exploración de la menor practicada en fase de Instrucción como prueba preconstituida, atendido que en este caso las razones de protección victimológica en cuanto al resto de la prueba no se patentizaban lo suficiente como para sobreponerse a la regla general de publicidad.

La medida fue acordada porque constatamos con claridad las razones que la justifican a la luz de lo dispuesto en los artículos 20.1 , 39 y 15 de la Constitución , 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 680 y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , interpretados conforme a la doctrina constitucional contenida en la STC 57/2004 , así como conforme a la más reciente regulación contenida en la Ley 4/15, de 27 de abril, del Estatuto Jurídico de la Víctima, cuya finalidad esencial es la de ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las presuntas víctimas, y no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición en el proceso puede generar.

Particularmente y en lo que hace al incidente concreto sobre publicidad del juicio, entre otras medidas preservadoras de la intimidad de las presuntas víctimas, se pronuncian los artículos 19 y 22 a 26 de la citada Ley , que en el caso concreto y como decimos, resultan claramente de aplicación en atención a la naturaleza de los hechos justiciables presuntos y al interés de la menor a preservar su intimidad, máxime atendida su edad, que a fecha de los hechos presuntos era de doce años.



TERCERA.- Aunque no por este orden, pero por seguir un *iter* lógico, en tanto que relacionado con lo anterior, alegó la defensa como cuestión previa, en relación con la prueba de declaración de la menor, que el informe del Equipo Técnico sobre la conveniencia o el perjuicio que para la misma pudiera suponer declarar personalmente en el juicio, resultaba tan genérico que se hacía difícil discernir si se refería en concreto a la menor del caso que nos ocupa. Y que por esa razón se hacía necesario, para conocer si realmente le perjudicaría declarar en Sala, que la profesional que emitió el informe aclarase tal circunstancia ante el Tribunal.

Indicábamos en los Antecedentes Procedimentales de esta sentencia que tras deliberación de la decisión alcanzada, nos pronunciamos en el sentido de introducir la testifical de la menor mediante la prueba preconstituida, frente a lo que el Ministerio Fiscal se mostró conforme, en tanto que la defensa formuló protesta.

Concretamente el Ministerio Fiscal vino a decir que, en efecto, el informe (del que por cierto acabábamos de tener constancia y conocimiento en ese momento) era parco, pero que había que tener en cuenta la necesidad de preservación de los menores. En este caso, la menor ya se había expuesto hasta dos veces: una declarando ante la policía, y otra en la exploración judicial. Además, los hechos se remontan a 2015 y ello podría afectar al rédito informativo que pudiera obtenerse.

La defensa insistió en que lo que debe tenerse en cuenta para decidir sobre la oportunidad de la intervención plenaria de los menores o no, son las concretas circunstancias del menor en cuestión. Y en este caso, no se dice nada concreto ni objetivo sobre la menor que nos concierne. A tal efecto la defensa trajo a colación la STS 663/18, de 17 de diciembre (la prueba preconstituida no conlleva automáticamente excluir del plenario la declaración, siendo ello precisamente la excepción), y la STEDH 24/5/16 . Para evitar precisamente esa revictimización, insistió el Letrado de la defensa en que se hacía necesario que la profesional que emitió el informe ilustrara sobre la proyección que pudiera tener la presencia plenaria de la menor Susana .

El Tribunal se pronunció razonando que, en efecto, el principio general no es la preconstitución de la prueba, salvo que se trate de presuntas víctimas menores o especialmente vulnerables, en cuyo caso opera precisamente lo contrario, esto es, evitar su presencia en el juicio oral (Directiva 2012/29, art. 24.a).

Además, sería una presencia diacrónica en el proceso, pues han transcurrido cuatro años. Por tanto, teniendo en cuenta la edad que tenía a fecha de los hechos presuntos, y la que tendría ahora, no podríamos dejar de tomar en cuenta el valor cronológico, el cronómetro vital de los menores tratándose de esas edades, lo que en definitiva se puede traducir en una importante pérdida de información.

La cuestión a analizar por tanto era si concurrían circunstancias excepcionales que pudieran justificar la presencia de la menor en el juicio; y aun así, podíamos llegar a la conclusión, como en este Tribunal ya aconteció con ocasión de otro procedimiento, de que concurriendo una circunstancia excepcional, cupiera rechazar ello no obstante la presencia en el juicio. Así sucedió, en efecto, en un supuesto en el que resultaba técnicamente imposible oír en el plenario la grabación de la prueba preconstituida aun después de desplegar todos los medios a nuestro alcance y todos los intentos posibles por medio del personal técnico-informático, llegando finalmente a la conclusión de que la afectación, constatada, que sufría en ese caso la menor, desaconsejaba absolutamente su presencia plenaria.

Importante en este sentido el art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/15 , de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reforma la Ley Orgánica 1/1996, acerca de la ponderación de los intereses en juego y de la importancia de dilucidar si prima la protección del superior interés a salvaguardar. Conforme a los parámetros que proporciona la citada Ley Orgánica, no parece cuestionable que la intervención en juicio de la menor puede introducir para ella un riesgo psico-emocional, en un momento además de particular trascendencia para su desarrollo personal como lo es el de su adolescencia, de tránsito hacia la edad adulta.

Tampoco podemos ignorar la obligación de garantizar el derecho a la indemnidad de personas con marcadores de especial vulnerabilidad y fragilidad, sin que ello prejuzgue la culpabilidad de la persona acusada. Y de ello precisamente se va ocupando y a ello va dando respuesta nuestra normativa, a cuyo efecto y sin ir más lejos, no solo la ya citada sino también el Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito (Ley 4/15) que, sin limitarse a ese particular pues responde a designios más ambiciosos, transpone los mandatos del legislador europeo fijados en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, con la finalidad de ofrecer una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, y no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal.

En el caso que nos ocupa, si bien genérico el informe de la experta, no podíamos ignorar que parte de máximas de experiencia tales como que la irrupción en la vida de la menor para hacerla comparecer en un espacio



como el plenario, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos presuntos, podía conllevar un serio riesgo de revictimización. El informe partía de lugares comunes, sí, pero no por ello debían ser desatendidos.

En conclusión, lo hechos presuntos se remontan a 2015; la menor había sido llamada dos veces al circuito judicial; las máximas aportadas en el informe resultaban atendibles; y el *modus* de producción de la prueba preconstituida respondería en todo caso a los términos del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En consecuencia, ante la existencia de una situación de conflicto de intereses, y la obligación de priorizar protegiendo el más importante en el marco y conforme a las finalidades establecidas por la normativa protectora de la infancia y la adolescencia en particular, y de las presuntas víctimas en general, la decisión, ya adelantada, no podía ser otra que esa, la de la oportunidad de la realización de la prueba mediante reproducción de la preconstituida.

CUARTA.- Anunciábamos también que la defensa solicitó en el trámite de cuestiones previas la exclusión de una parte de la documental obrante a los folios 14 a 67 que, propuesta por el Ministerio Fiscal, fue admitida por el Tribunal en el auto de admisión de pruebas. Y ello porque viene referida a un expediente administrativo que contiene declaraciones testificales y también del aquí acusado, que de todos conocido es, tienen la condición de prueba personal, que no documental, cuyo acceso al plenario por tanto debe producirse mediante la declaración de los testigos o del acusado.

El Ministerio Fiscal se opuso a la cuestión porque, a su parecer, formando parte las declaraciones de un expediente administrativo incorporado como prueba documental, tales declaraciones son también prueba documental.

La Sala, tras deliberar la cuestión planteada, la resolvió explicando a las partes que no se trataba de un problema de exclusión. El expediente administrativo goza de una unidad interna que no puede ser segregada por el Tribunal. Esa unidad tiene naturaleza documental y el Tribunal no puede modificarla construyendo un documento *ad hoc* , en tanto que si es documento pertinente, se incorpora íntegro al elenco probatorio.

También dijimos que ello no obstante asistía la razón a la defensa acerca de las declaraciones que formaban parte del expediente administrativo, las cuales no podían tener vocación probatoria alguna. A tal efecto hicimos mención de la STC 68/10 y concluimos que no podríamos hacer uso de esa información como fuente probatoria primaria.

Ni siquiera el Instructor de ese expediente administrativo (que iba a intervenir como testigo en el juicio) iba a poder introducir el contenido de esas declaraciones, sino únicamente otros aspectos ajenos a ese contenido, ya que solo por vía del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal las declaraciones de fases previas pueden acceder al plenario.

Y además, con determinadas exigencias y garantías. Como expresa rotundamente la STC 206/2003 , *"debemos recordar aquí, como ya hiciéramos en la STC 51/1995, de 23 de febrero , F. 5, que los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECrim "se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía"*. Sólo, pues, las diligencias del sumario propiamente dicho y siempre que se hayan practicado de forma inobjetable en función de las garantías exigibles; entre ellas, siempre, la presencia del Juez."

La cuestión previa fue resuelta por tanto en el sentido indicado, sin que por parte de la defensa y la acusación se objetara nada al respecto.

HECHOS PROBADOS

De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral han resultado acreditados los siguientes hechos:

1. El 26 de noviembre de 2015 la menor Susana ., de doce años de edad en aquella fecha, se encontraba en el Centro Cívico de la AVENIDA000 de DIRECCION001 , al que asistía dos veces por semana para realizar distintas actividades, dedicándose ese día concreto a estudiar porque al día siguiente tenía exámenes en el Instituto donde estaba cursando segundo de E.S.O.
2. Como estaba muy nerviosa y llorosa por los exámenes, la Sra. Victoria , responsable de uno de los grupos del Centro, del que formaba parte Susana ., dijo a la menor que saliera fuera de la clase, y así lo hizo Susana ., que se dirigió al baño a lavarse la cara y después al patio para que le diera el aire.
3. Estando allí apareció el acusado Roman , conserje del Centro Cívico, y le dijo que Victoria la buscaba, por lo que Susana . se dirigió de nuevo a la clase, para lo cual pasó al lado del conserje. El acusado caminó detrás



de ella hasta que se puso a su lado y, hallándose en una zona en la que había un cartel o mural, estando ambos en ese momento detrás del mismo, el acusado le echó un brazo por encima del hombro y con una mano le tocó un pecho, presionándose durante unos segundos hasta que, como apareció Victoria, dejó de hacerlo. Victoria preguntó a Susana qué le había pasado al verla muy afectada, y la abrazó. El acusado preguntó a Victoria que si quería que acompañara a Susana a beber agua y Victoria le respondió que no, que ya se hacía cargo ella, entrando en clase con la menor.

4. Como consecuencia de los hechos la menor ha presentado problemas de insomnio y miedos recurrentes vinculados a la situación vivida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Justificación probatoria

La anterior declaración de hechos probados se basa en la prueba plenaria practicada en condiciones óptimas de contradicción, igualdad de armas e intermediación, cuyo resultado permite establecer la realidad de los hechos justiciables que han sido objeto de acusación.

Atendiendo a los hechos introducidos en el escrito de acusación, resulta evidente que su prueba depende, en gran medida, del valor acreditativo que otorguemos al testimonio o información suministrada por la persona que de manera directa afirma la realidad de los mismos y, en lógica alternativa probatoria, de quien los niega.

Los medios secundarios vendrían a suministrar información relevante para la corroboración de los testimonios primarios, pero carecerían de idoneidad acreditativa, por sí mismos, para fundar, exclusivamente sobre sus resultados, la declaración de condena pretendida por las acusaciones.

El caso que nos ocupa, no obstante, por las particularidades que presenta, adquiere perfiles mucho más complejos. La fuente directa de información es una menor que contaba, en el momento en que la acusación sitúa la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento, con doce años de edad, y que no fue explorada en el acto del juicio. Si bien, accedimos a dicha información mediante la visualización íntegra de la grabación digital de su exploración, practicada en la fase previa del proceso con todas las garantías y condiciones de contradicción, cuando contaba con trece años.

Pese a estas particularidades, en el caso debemos afirmar, con contundencia, el valor incriminatorio del relato de la menor tanto en cuanto a la realidad de los hechos punibles objeto de acusación, como en cuanto a la participación del acusado en los mismos.

Unos apuntes antes de comenzar nuestro análisis precisamente por esta fuente de prueba, por la información sobre la que la acusación funda la pretensión de condena. Información que, ante el silencio plenario del acusado, se contrae en efecto como prueba directa a la aportada por la menor Susana.

Ello comporta, como lógica consecuencia en aras a proteger el principio de presunción de inocencia, someterla a un exigente programa de valoración/validación. Exigencia que no puede ceder a ninguna tentación funcionalista ni, desde luego, a difusos planteamientos anticognitivos que atribuyen una suerte de potestad performativa de la realidad a quien afirma ser víctima de un hecho delictivo.

Esta, sin duda, puede disponer de mayor cantidad de información. Incluso, como en tantos y tantos casos, de la única información directa disponible de lo que pudo acontecer. Pero esta posición en principio aventajada no supone ni que la información pueda o deba resultar en todo caso suficiente para reconstruir el hecho objeto de acusación y la participación en el mismo de la persona acusada ni, tampoco, que pueda o deba resultar en todo caso creíble o fiable. Precisamente, la naturaleza muchas veces primaria de la información que trasmite el testigo que afirma haber sido víctima es lo que obliga a un mayor esfuerzo de indagación por aquellos que tienen la carga de probar los hechos sobre los que se fundan sus pretensiones de condena.

Acceso a la información que debe respetar condiciones constitucionales estructurales, como las de defensa y contradicción, así como específicas reglas de producción -vid. artículos 439 y 709 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - pensadas para evitar resultados distorsionados no solo de la propia narración sino también de las motivaciones narrativas del testigo.

La información transmitida por un testigo debe ser objeto, por tanto, de una atribución de valor reconstructivo. Para ello, deben identificarse elementos contextuales tales como las circunstancias psicofísicas y psico-socio-culturales en las que se desenvuelve el testigo; las relaciones que le vinculaban con la persona acusada; el grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; la persistencia en la voluntad incriminatoria; la constancia en la narración de los hechos y la correlativa ausencia



de modificaciones o alteraciones en lo que se describe; la concreción o la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo en función de las concretas circunstancias; y la coherencia interna y externa del relato, en particular, su compatibilidad *fenomenológica* con otros hechos o circunstancias espacio-temporales que hayan quedado acreditados por otros medios de prueba.

Pero no solo. Debe validarse, también, la metodología empleada para obtener la información.

La narración ofrecida por el testigo en el proceso es, simplemente, información resultante de un procedimiento probatorio. No es, desde luego, la prueba del hecho. La prueba del hecho es el resultado de una compleja operación de atribución de valor a las informaciones probatorias que el juez debe realizar sin prescindir de reglas tanto epistémicas -y, entre estas, las específicamente procesales que atienden a quién y cómo debe probarse el hecho acusado- como axiológicas -entre las que ocupa un lugar prioritario, la de presunción de inocencia-.

Proceso de validación que resulta absolutamente incompatible con fórmulas de alcance iluminista o con supuestas máximas de experiencia que se apoyan en elementos prevalorativos que han quedado fuera del debate probatorio -al modo, "*todos los niños dicen la verdad*" o "*la víctima, por su condición, debe gozar de un estatuto epistémico privilegiado o reforzado*" -.

A nuestro parecer, partir, como condición metodológica de atribución de valor, de prejuicios valorativos de credibilidad derivados de una firme presunción de que quien narra haber sufrido el hecho victimizador ya es la víctima y que, por tanto, su testimonio es más valioso, cuando lo que se discute en juicio es, precisamente, la existencia del hecho victimizador, supone una profunda alteración de las reglas del juego.

En muchas ocasiones, la condición de víctima que se establece en la sentencia es precisamente una decisión de atribución final -un *posterius* cognitivo-, resultado del proceso de valoración de la prueba. Su anticipo supone crear una realidad mediante el simple uso del lenguaje, con un alcance performático poco compatible con las reglas del proceso penal justo y equitativo. Ni la atribución de la condición de culpable ni la de víctima del hecho delictivo pueden basarse en una simple categoría lingüística ni en apriorismos basados en presunciones. La realidad que se declara probada en el proceso penal no puede conformarse solo con el uso de significantes. Reclama un razonamiento probatorio que debe construirse tomando en cuenta todas las informaciones resultantes de un procedimiento de producción ajustado a la ley y que, en caso de condena, debe arrojar un resultado altísimamente concluyente en términos fenomenológicos.

Cuando se hace depender, de forma esencial, la pretensión de condena de la narración ofrecida por el testigo que afirma haber sido víctima del delito -como acontece en este caso- lo que se exige es poder ofrecer un conjunto de razones que hagan patente que la convicción del Tribunal no se basa en un juicio voluntarista que se limita a otorgar credibilidad al testigo, sino en una valoración que justifica de forma adecuada que la información suministrada por éste es fiable.

Y creemos que la diferencia no es retórica. La atribución de valor probatorio reconstructivo a la información testifical no debe venir determinada solo por lo creíble que resulte el testigo sino por lo fiable que resulte aquélla. Es precisamente el concepto de fiabilidad de la información, como calidad epistémica, el que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. STEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011 - para identificar el estándar de suficiencia de la información aportada por el testigo fuera del proceso y en condiciones no contradictorias para enervar la presunción de inocencia. Sin perjuicio de las críticas que con relación a los presupuestos "ideológicos" del modelo probatorio convencional cabe dirigir a la nueva doctrina del TEDH que arranca con la Sentencia Al Khawaja citada, lo cierto es que en términos epistémicos resulta mucho más consecuente con las exigencias cognitivo-materiales derivadas del principio de presunción de inocencia poner el acento en la fiabilidad de la información transmitida más que en la credibilidad del testigo, como juicio de valor personal - STC 75/2013, de 8 de abril -.

Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado, mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado, por tanto, más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero -lo fiable- exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo -lo creíble- favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales.

En efecto, una valoración de la prueba en serio, comprometida con el valor de justicia, debe realizarse mediante la exposición sincera y completa de las razones que permitan justificar la atribución de valor. Justificar no es otra cosa que justificarse, dar razones compartibles en términos sociales y comunicativos. Es cierto que no hay razones objetivas en materia de valoración del testimonio plenario. Hay razones convincentes o menos convincentes; muy racionales o menos racionales; completas o incompletas.



Y en este sentido, no puede olvidarse que la fiabilidad, como elemento para otorgar valor reconstructivo a la información suministrada por un testigo, se nutre en muy buena medida del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que han quedado acreditadas. Entre estas, desde luego, también aparece la credibilidad personal del testigo que no puede ser, por tanto, un elemento ajeno, ni mucho menos, a la valoración de la información suministrada, pero no la agota.

De ahí que no quepa aplicar soluciones de tipo estandarizado que obliguen a excluir la información testifical por la simple identificación de impersistencias o incoherencias actitudinales o tachas de credibilidad subjetiva en el testigo que la aporta. Algunas de estas tachas, en efecto, pueden ser de tanta entidad que neutralicen todo atisbo de credibilidad, comprometiendo, también, la fiabilidad de la información transmitida hasta límites irreductibles. Otras, por contra, aun afectándola, no neutralizan los rendimientos reconstructivos si al tiempo puede identificarse, y justificarse, un grado de compatibilidad corroboradora razonable con los resultados que arroja el cuadro de prueba observado y valorado en su conjunto.

Precisamente, la idea de cuadro, la necesidad de atender a un esquema en red de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios penarios practicados es lo que permite extraer valoraciones materiales y razones de justificación comunicables de tipo cognitivo.

Toda reconstrucción probatoria arroja sombras de dudas, espacios fácticos que resultan de imposible reproducción. Pero la cuestión esencial reside en determinar sus efectos sobre la convicción judicial. Esto es, si dichas incertezas impiden a los jueces justificar de forma cognitiva la hipótesis acusatoria, ya sea por ausencia de prueba de elementos fácticos esenciales sobre los que aquélla se apoya, ya sea porque los medios utilizados para ello vienen afectados de un racional déficit de habilidad reconstructiva, ya sea porque se acredite que lo relatado es subjetivamente inverosímil o porque a la luz de las otras pruebas resulta fenomenológicamente imposible o poco probable.

Pero como decíamos, no es el caso. Las informaciones de Susana . nos han resultado, en lo nuclear, plenamente fiables. Su testimonio se nutrió de indiscutibles trazos de persistencia y de coherencia incriminadora. El relato, expresado en términos narrativos del todo compatibles con su grado de madurez y desarrollo personal y cultural, fue preciso en los aspectos más nucleares, descartándose elementos inductivos o impostados en las informaciones ofrecidas. Y no solo eso. Su información fue, además, consecuente con un debate contradictorio en circuito cerrado propio de la prueba preconstituida, respondiendo la menor a las preguntas que le fueron realizadas por las partes a través del miembro del Equipo Técnico de forma clara y coherente con su relato.

Por otra parte, su propia actitud durante la exploración descarta cualquier intento de exageración o de sobreincriminación del relato aportado, que hemos tenido por probado y como tal lo hemos incorporado al pasaje fáctico de esta sentencia.

Tal relato viene referido a los hechos que narró la menor Susana . como -y así los hemos considerado- vividos. No solo los narró describiendo lo acontecido, sino que también expresó durante la exploración la repercusión que los mismos le supusieron. Así, manifestó que al momento de sucederle se quedó bloqueada, sin capacidad de reacción, porque nadie le había tocado nunca el pecho. También, que el hecho de no haber sabido reaccionar le hizo sentir muy mal, *como si hubiera sido tonta* -dijo-, y que si le volviera a suceder una cosa así, reaccionaría apartándolo. Igualmente participó que cuando está sola por la calle le da miedo, por ejemplo si para un coche o algo parecido, y que el día que sucedió no durmió casi, que al día siguiente tenía el examen y lo suspendió.

Fue clara y hasta explícita, incluso gráfica, cuando puntualizó que el acusado le tocó el pecho y se lo apretó, realizando la menor el gesto con su mano, primero sobre su propio cuerpo, y más adelantada su narración, con el ademán de coger algo apretándolo. Aportó también un dato muy significativo cual fue el de la intensa halitosis del acusado, expresada por la menor con la expresión *"le olía un montón la boca"*, demostrativo de que lo tuvo muy cerca y de que ello le quedó en la memoria; y para el Tribunal, reforzador de que lo narrado fue realmente una experiencia vivida. Una experiencia vivida que contó a su amiga Esther cuando ya estaba de vuelta en clase, y que también intentó contar a Victoria .

Se trata de detalles muy específicos y puntuales que aportan riqueza y singularidad al relato, y ello, unido a la ausencia de excesos incriminadores, contribuye sin duda a la solidez de la principal prueba acusatoria. A título de ejemplo no refirió ninguna otra conducta, no solo más grave, sino ninguna más; tan sólo esa acción puntual a la que tampoco añadió elementos que pudieran intensificar su antijuridicidad. También precisó toda la secuencia desde que abandona la clase, el porqué del abandono, los lugares del Centro a los que va, cuándo aparece el acusado, qué le dice, qué hace ella, qué hace él hasta que se incorpora a su lado, y finalmente el lugar o espacio donde se produce el hecho, justamente detrás de un cartel o mural que favorecía la conducta.



Además, la versión fáctica ofrecida por la menor se ve reforzada de manera decisiva por el resto de medios que conformaron el cuadro de prueba. Por un lado la Sra. Valle , madre de Susana ., dio cuenta del estado de labilidad que presentaba su hija cuando la fue a buscar ese día al Centro Cívico y la expresión que verbalizó (*hoy ha sido el peor día de mi vida*), así como las sensaciones de bloqueo que le transmitió al tiempo que le contaba lo sucedido; entre otras, la preocupación por no haber sabido reaccionar. También, que a raíz de la experiencia vivida empezó a ver programas relacionados con chicas objeto de agresiones sexuales o de explotación sexual, y que un día que vieron a una prostituta en la carretera le llegó a decir *"fíjate mamá, lo que debe sufrir porque está obligada a aguantar que le hagan lo que me hicieron a mí"* .

En general, la madre proporcionó información sobre la gran afectación que había supuesto para su hija la conducta de la que la hizo objeto el acusado, hasta el punto de que estuvo llorando durante toda esa tarde, así como esa noche y muchas otras, y la repercusión que en su día a día ha tenido tal conducta, pues manifestó que la niña no se quiere relacionar con los chicos de su edad, que ha recibido asistencia psicológica y que se están planteando que vuelva a recibirla pues a día de hoy no ha superado los hechos.

La testigo Sra. Victoria , responsable en el Centro Cívico de un grupo de niños, entre los que asistía Susana ., corroboró de forma muy relevante el testimonio de la menor. Vino a decir que Susana . estaba nerviosa, le dijo que saliera, después fue ella a buscarla pero no la encontró, miró en los baños, el acusado le dijo si quería que mirara él, entró de nuevo en la clase y preguntó a los chicos.

Volvió a salir y vio a Susana . al lado del cartel llorando mucho. El acusado dijo a Victoria que si la acompañaba a beber un vaso de agua y se acercó a la niña tocándole el brazo como para calmarla. Victoria dijo al acusado que no y abrazó a Susana . Después intentó calmarla y Susana . le decía *"el conserje, el conserje ..."* , pero Victoria pensaba que se refería a que había querido consolarla y a lo del vaso de agua, y dijo a Susana . que no le diera importancia.

Al Tribunal le resultó muy significativa la manera de describir la testigo el estado que presentaba Susana . cuando la encontró al lado del cartel, pues utilizó la siguiente expresión: *"cuando yo la encontré estaba desmoronada completamente"* . El calificativo utilizado desde luego resulta muy revelador, y contribuye a representarse la situación que debía estar experimentando la menor, que además de la angustia con la que vivía los exámenes y la preocupación que sentía por eso, se vio sobrepasada por esta conducta añadida e inopinada que decidió llevar a cabo el acusado sirviéndose de ella como un objeto, precisamente en uno de los momentos álgidos de aquella preocupación académica que la había llevado justamente a la necesidad de desconectar del tiempo de estudio saliendo de la clase para tomar un poco el aire.

También aportó la testigo el dato de que, una vez en clase vio a Susana . hablando con su amiga y haciendo un gesto representativo de algo que no le había gustado. Se acercó y habló con Susana . unos minutos estando la sala ya vacía. Susana . le decía que no entendía lo del conserje y Victoria no imaginaba de qué le estaba hablando. Finalmente, se enteró de ello al día siguiente por la madre de Susana .

Por su parte, la Sra. Virtudes , educadora social y coordinadora del Centro Cívico, recibió la información sobre el hecho acontecido, según expresó en el plenario, a través de Victoria . Una vez transmitida la información por Victoria , acordaron reunirse con la madre de Susana . y la propia Susana , que también le contó lo ocurrido.

Se exhibió a la testigo Sra. Virtudes , a petición de la defensa, el correo electrónico obrante al folio 19 de las actuaciones, que reconoció haber enviado ella misma al Ayuntamiento de DIRECCION002 . En el referido *mail* pone en conocimiento de determinado personal el contenido de la citada reunión, que tuvo lugar al día siguiente del hecho denunciado; en definitiva lo que narró la menor Susana ., el sentimiento de culpabilidad que transmitía la misma por no haber dicho nada al conserje en el momento que la tocó, lo coherente que parecía su relato y lo afectada que se la veía, así como el reforzamiento que la testigo hizo hacia Susana . transmitiéndole lo valiente que había sido al contar lo que le había pasado. Finalmente, en el correo electrónico se informa de que han aconsejado a la familia interponer una denuncia y también, de la preocupación y el temor que desde el Centro Cívico tienen de que se vuelva a producir otra conducta de este tipo teniendo en cuenta que es un espacio ocupado por niños y niñas y por tanto no el más adecuado para el conserje, respecto al que habría que adoptar alguna medida.

Esas mismas impresiones que le transmitió la menor al momento de la reunión y que se expresan en el documento mencionado, las explicó la testigo en el plenario, haciendo hincapié en esa sensación de paralización que parecía durarle a Susana . por lo acontecido el día anterior.

También manifestó la testigo que cuando llegaron Susana . y su madre a la reunión, pidió a la menor con una pregunta abierta que dijera lo que había pasado y ella lo explicó todo, aunque no con muchos detalles pues el haber estado en shock le hacía dudar en algunos momentos.



Cabe decir que gran parte de la información que proporciona la testigo al tribunal, viene referida a circunstancias de las que fue testigo directa (*auditio proprio*), pues las vio y notó personalmente; así, ese sentimiento de culpabilidad, de paralización, de afectación y de shock que presentaba Susana .

En consecuencia se trata de información no de referencia, sino fehaciente en cuanto a esas circunstancias concretas, en tanto que observadas directamente y por tanto valorables, y valoradas por el tribunal, como reforzadoras de la versión inculpativa que se viene sosteniendo por la acusación. A la postre, del relato de la menor Susana .

El testigo Sr. Luis Miguel , secretario del Ayuntamiento de DIRECCION002 , manifestó en el plenario que tuvo conocimiento del asunto porque la Sra. Sandra , coordinadora de los Servicios Sociales del Ayuntamiento -al parecer una de las receptoras del correo electrónico enviado por la Sra. Virtudes - insistió en que debía ponerse en conocimiento de la Alcaldesa. Se abrió un expediente y la Alcaldesa nombró Instructor del mismo al testigo.

Además de dar cuenta a la Sala de que se hizo una comparecencia con la madre y la hija, en la que esta última explicó lo que le había pasado, todo ello en presencia del abogado del acusado, el testigo, también, como en el caso de la Sra. Virtudes , transmitió información que valoramos en el mismo sentido corroborador del relato de Susana . sobre el estado emocional que presentaba la menor al narrar lo que le había acontecido, pues lo hizo, según refirió el Sr. Luis Miguel , entre sollozos y nerviosa, percibiéndolo éste directamente.

El testigo manifestó que también habló con el conserje. Si bien en el plenario, por pura coherencia con el pronunciamiento adoptado por la Sala ante lo planteado por el abogado de la defensa en fase de cuestiones previas, no se indagó sobre el contenido de lo manifestado por el acusado en el expediente disciplinario, ni sobre lo manifestado en definitiva por nadie en ese contexto administrativo, en tanto que no utilizable como prueba plenaria conforme a las más elementales reglas del juicio justo y equitativo.

Por lo demás, la documental sobre el expediente administrativo del que fue instructor el testigo y que obra a los folios 14 a 67, viene a corroborar la realidad misma de la tramitación de un expediente y la circunstancia de que el Ayuntamiento también obró en consecuencia con una denuncia que presentaba visos de veracidad, decidiendo en última instancia poner los hechos en conocimiento de la Fiscalía.

Por último, contamos con la pericial del psicólogo miembro del Equipo Técnico de Tarragona Sr. Jesús Luis , que exploró a la menor como prueba preconstituida, cuyo informe obra al folio 157. El psicólogo trasladó al tribunal información sobre la compatibilidad del relato de Susana . con una situación realmente vivida, sobre la validez de su testimonio, sobre el bloqueo que experimentó ante una situación sorpresiva, no esperable, que la dejó paralizada; sobre la utilización de un lenguaje por parte de la menor propio de la edad, la ausencia de indicadores de fabulación y la presencia de indicadores genuinos.

En definitiva, información acorde con el contenido de su dictamen, en el que, entre otras cosas, se refleja que la menor aportó un relato con una estructura lógica, no estereotipada, con profusión de detalles, incardinación contextual o descripción de interacciones, entre otros indicadores que lo harían compatible con unos hechos realmente vividos.

Cierto que la determinación de la credibilidad de un testigo corresponde al juez o tribunal sentenciador (vid. STS 96/06, de 7 de febrero), en tanto que ostenta la inmediación y por tanto el juicio o apreciación sobre la convicción última no puede ser objeto de pericia. Consecuentemente el posible objeto de la pericia no puede consistir en evaluar la credibilidad del testimonio del testigo. De esta manera, no se trata de efectuar una reconstrucción del hecho que se dice sucedido para confrontarlo con lo que ha dicho el testigo y establecer si lo que dice es creíble o no; tampoco consiste en averiguar y evaluar las circunstancias personales o de otra índole que pudiesen concurrir en el testigo y que pudiesen servir para establecer algún tipo de resentimiento o móvil que hipotéticamente pudiera afectar a la credibilidad; obviamente, tampoco puede consistir en una hipotética reconstrucción del hecho probado a partir de los datos obrantes en la causa. Todas estas cuestiones se dilucidan y son propias del acto del plenario.

Sí puede ser objeto de pericia, por contra, determinar si la persona padece alguna enfermedad psicopatológica que le condicione y oriente su discurso hacia la fabulación o si padece alguna enfermedad que le impida percibir correctamente la realidad y los hechos enjuiciados o si padece alguna enfermedad que le impida testificar en juicio o, en fin, alguna situación análoga a las anteriores. Todas estas situaciones puede entenderse que afectan a la credibilidad, pero en sentido diferente al expresado anteriormente. En realidad, se refieren a su capacidad para prestar declaración en un proceso penal, donde se ventilan cuestiones que afectan al núcleo duro de los derechos fundamentales y donde, en ocasiones, puede ser necesario conocer si existen causas que proceden del mismo testigo y que afectan a su credibilidad (entendida esta en el sentido ahora expresado).



Hecha esta aclaración, y remarcando otra vez que la credibilidad de la testigo -sin perder de vista la fiabilidad en los términos ya indicados- es labor que incumbe despejar al tribunal sentenciador, lo cierto es que el perito sí aportó elementos valiosos para formar nuestra convicción, sobre todo en lo que hace a esa compatibilidad tan remarcada del relato ofrecido por la menor con una experiencia realmente vivida, cuya conclusión nosotros mismos hemos alcanzado porque a ella nos han conducido de forma unívoca todas las pruebas practicadas. Así, tanto la de carácter personal, pues ningún elemento o marcador hemos detectado en los testigos que pudiera poner en entredicho su testimonio, como la de carácter documental.

No encontramos, en definitiva, ningún elemento distorsionante que haga tambalear el relato de la menor Susana ., o que permita dudar de lo que contó como acontecido. Y por todas estas razones consideramos que la declaración de hechos probados en los términos que hemos precisado, responde a una sólida base probatoria que permite tener por enervada la presunción de inocencia del acusado, con las consecuencias jurídico-penales que se precisarán a continuación.

SEGUNDO.- Juicio normativo

Los hechos que hemos declarado probados son constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 183.1 del Código Penal , que castiga a quien realice actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años.

En efecto, tales hechos suministran toda la información necesaria para afirmar que concurren todos los elementos objetivos y subjetivos reclamados por el tipo penal aplicado.

Esencial en este tipo delictivo es la realización de actos de contenido sexual que afectan a la indemnidad sexual del o la menor sometido o sometida a los mismos. En el caso, no cabe duda de que la conducta descrita y declarada probada afectó a la indemnidad sexual de Susana . de forma suficiente como para llenar las exigencias de antijuridicidad material del tipo pretendido por la acusación.

La menor se vio limitada en su libertad de autodeterminación y su cuerpo fue sometido a la voluntad del autor perturbando su intimidad personal e indemnidad sexual, aunque no se tratara de actos cuantitativamente intensos, pues lo cuantitativo de la conducta afecta a la intensidad y a la gravedad, pero no determina la naturaleza sexual del acto. Cierto que una penetración es más grave que un tocamiento superficial sobre una zona íntima o erógena del cuerpo de una persona, pero precisamente por ello su reproche punitivo es distinto.

La parte de la anatomía de Susana . que fue tocada por el acusado es una de aquellas en las que se proyecta, en buena medida, la condición socio-relacional de la sexualidad de una mujer y, por tanto, permite reconstruir el ánimo atentatorio de la indemnidad sexual que mueve al que los realiza.

La atribución de valor sexual a la acción no puede hacerse depender de un elemento extrapenal tan difuso como el llamado *ánimo lúbrico* del autor. Para lesionar el bien jurídico de la indemnidad sexual de una persona importa muy poco si el victimario pudo, o buscaba sentir, o no, placer, realizando la acción, o si le movían otras finalidades distintas de cosificación o humillación. Es mucho más relevante conocer qué sintió la persona sobre la que se proyectó la acción. Lo decisivo es identificar si en términos de adecuación objetiva se lesionó el bien jurídico que se integra por un conjunto de valores socialmente compartidos especialmente relevantes para la convivencia. En el caso, el derecho a la autonomía personal proyectada sobre el propio cuerpo. El derecho a que quede al abrigo de una acción intrusiva de un tercero sin consentimiento. Acción que cuando se proyecta sobre aquellos órganos o partes del cuerpo que adquieren en términos emocionales, culturales y autorreferenciales valor o significado sexual, supone también un atentado específico al derecho a la indemnidad sexual. Como sin duda, acontece en este caso.

No concurre, sin embargo, el subtipo agravado de prevalimiento del apartado 5 del artículo 183 pretendido por la acusación, que califica los hechos conforme al artículo 183.1 y 5 del Código Penal . El apartado 5 reza así: *"En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años."*

En primer término, indicar que conforme a los hechos que hemos tenido por probados, no cabe identificar en la conducta del acusado un plan de abuso al que hubiera sometido a la menor por ostentar una autoridad o ejercer una influencia sobre aquélla. Ninguna de estas circunstancias se revelan en el caso. No hubo, en definitiva, una estrategia victimizadora que se nutriera de los *ítems* del prevalimiento precisados tanto por la jurisprudencia como por la normativa europea (*vid.* artículo 3.5 i de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a *la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil*).

En nuestro caso, el acusado era el conserje de un Centro Cívico al que la menor asistía dos veces por semana para realizar actividades. Ni siquiera era el conserje de su Instituto. El acusado ejercía por tanto las funciones



propias de su profesión tales como puedan ser (por aproximación pues en el caso concreto desconocemos si coincidían estrictamente con estas) apertura y cierre del edificio, mantenimiento y seguridad del Centro, control de acceso al mismo.... En fin, el acusado no era el responsable del centro, ni ejercía funciones de educador o cualquier otra que pudiera implicar, o posibilitara, el prevalerse de la misma por su contenido o por el significado que los menores usuarios del Centro pudieran tener interiorizado porque conllevara elementos de autoridad o capacidad de dirigir su devenir en el mismo.

Pero no solo eso, sino que, acogiendo la alegación de la defensa, el Ministerio Fiscal calificó conforme al apartado 5 del artículo 183, sin *pasar* (valga la expresión) previamente por el apartado 4. Recordemos que el apartado 5 comienza su redacción con el siguiente tenor: "*En todos los casos previstos en este artículo*"; en consecuencia, trae causa de todos los supuestos que contempla el mismo, por lo que para poder imponer además la inhabilitación absoluta de seis a doce años que contempla el apartado 5, que es lo que pretende la acusación, sería necesario calificar primero, o pretender previamente la aplicación del supuesto concreto del 183 del que traería causa, que en este caso sería el subtipo agravado del apartado 4.d (prevalimiento de una relación de superioridad).

Por tanto, tampoco desde esta perspectiva procede estimar de aplicación el prevalimiento.

TERCERO.- Autoría

En aplicación del art. 28 del Código Penal, del delito resulta responsable en concepto de autor el acusado Roman por haber intervenido de forma directa, material y voluntaria en la ejecución del mismo.

CUARTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

La defensa interesó que para el caso de no ser atendida su principal pretensión absolutoria, fuera apreciada la atenuante de dilaciones indebidas simples al haber sufrido el procedimiento una paralización desde el auto de la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial dictado en sede de apelación el 18 de septiembre de 2017, hasta el auto de apertura de juicio oral de 1 de marzo de 2018.

La paralización a la que hace referencia la defensa, que se habría producido en fase instructora, no se presenta excesiva. En todo caso, la fase instructora y la del órgano de enjuiciamiento se han desarrollado en un plazo prudencial y consideramos por tanto que el resultado temporal roza la irrelevancia compensatoria y que no puede calificarse como dilación indebida, por lo que no procede estimar concurrente la atenuante.

Sí apreciamos, aunque como simple, la atenuante de reparación del daño igualmente invocada por la defensa. Ciertamente esta atenuante está prevista en el Código Penal bajo una evidente fórmula objetivadora, pero ello no disculpa de identificar en el acto que se reputa reparador el valor normativo que sustenta la atenuación para atribuirle el efecto correspondiente. Hay que valorar el acto reparador circunstancialmente, tomando en cuenta tanto el esfuerzo reparador desarrollado, atendiendo a las posibilidades concurrentes, como las consecuencias objetivamente reparadoras que se proyectan.

En el caso el acusado ha ingresado la totalidad del importe indemnizatorio pretendido, pero ello no se traduce en la obligación de privilegiar sus efectos. Consignó el mismo día del juicio 400 euros, reparación económica que sirve para compensar de forma poco significativa la lesión del bien jurídico protegido por el tipo penal del que ha sido considerado culpable. En consecuencia, apreciamos la concurrencia de la atenuante como simple.

QUINTO.- Juicio de punibilidad

Debemos partir, para la determinación de la pena puntual en relación con el tipo básico del delito de abuso sexual a menor del artículo 183.1, de un abanico penológico que comprende desde los dos hasta los seis años de prisión.

Dentro de este marco punitivo a recorrer, estimamos, por el juego de la atenuante simple de reparación del daño que hemos apreciado, y el hecho de que la conducta, si bien típica, no presenta especiales marcadores de antijuridicidad más allá que los que, ya de suyo, forman parte del injusto, que procede aplicar la pena en el mínimo legal, y por tanto en dos años de prisión, que conllevará la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena conforme al artículo 57.

Adelantábamos en los Antecedentes Procedimentales de esta sentencia que la Sala, una vez las partes formularon sus conclusiones definitivas, requirió al Ministerio Fiscal al amparo del art. 788.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de que diera cuenta del porqué de la no solicitud de libertad vigilada, prevista en el artículo 192.1 del Código Penal, teniendo en cuenta el tenor del precepto. El Ministerio Fiscal aclaró que no la solicitaba porque el acusado es primodelincuente y no representa peligrosidad.

Sin embargo, acontece que este apartado del precepto que contempla la aplicación de la libertad vigilada con carácter facultativo cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario y en atención a



la menor peligrosidad del autor, está previsto para los casos de delitos menos graves, tal como contempla el artículo 192.1. En nuestro caso, el delito por el que resulta condenado el acusado es grave atendiendo a la pena que le viene asignada en el Código Penal, y por tanto la imposición de la medida de libertad vigilada es preceptiva pues así lo dice el tenor del repetido precepto.

Partiendo de tal premisa, indiscutible, y también del contenido constitucional del principio acusatorio, estimamos que resulta obligada la imposición de la medida de libertad vigilada pese a no haberla solicitado, consideramos que por error, la parte acusadora.

Y es que resulta extremadamente dudoso que la concreta petición de pena forme parte del principio acusatorio. Así se contempla por una buena parte de la doctrina procesal y así lo considera este Tribunal.

Cierto que la STC 155/2009, de 25 de junio vino a introducir una quiebra de la doctrina mantenida de forma reiterada en materia de individualización judicial de la pena y sus relaciones con el contenido del principio acusatorio (*vid.* SSTC 163/04 y 174/03), en la que se afirmaba que dicha facultad no venía limitada por la concreta petición de pena formulada por las acusaciones sino por el marco punitivo general establecido en el tipo objeto de acusación.

Pero en el caso que nos ocupa ni siquiera nos encontramos ante una petición de pena errónea sino ante una omisión de petición de pena (medida) preceptiva, y lo cierto es que la citada STC 155/2009 en realidad elude esta cuestión puesto que no aborda el supuesto de que las partes acusadoras omitan solicitar una pena de preceptiva imposición o el supuesto de que la pena pedida no alcance la duración o cuantía fijadas por la ley.

Muy interesante en este sentido el contenido del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007, que vino a matizar el anterior, de 20 de diciembre de 2006, llevando a cabo una importante reinterpretación del mismo, pues viene a decir que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena.

Se viene así a permitir que el juzgador corrija al alza -si bien sólo hasta el límite punitivo mínimo del tipo penal objeto de acusación y condena- la petición errónea de pena efectuada por las acusaciones -ya fuere por la solicitud de la pena en una extensión menor de la legal o por la omisión de

petición de una de las penas procedentes-

Este Acuerdo tiene su desarrollo en las SSTS 11/2008, de 11 de enero y 89/2008, de 11 de febrero, ambas en supuestos de omisión por la acusación de la petición de la pena de multa aparejada al delito del art. 368, que se corrigió en sentencia.

Consecuentemente con lo razonado, procede imponer al acusado Roman la medida de libertad vigilada por un periodo de cinco años, vinculada preceptivamente al delito de abuso sexual sobre menor de dieciséis años que, como reza el artículo 192 se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, siendo entonces cuando, conforme determina el artículo 106.2 se establecerá el concreto contenido de la misma.

También le será impuesta, por ser preceptiva (se impondrá en todo caso a los responsables, entre otros, del delito que aquí nos ocupa) y en este caso sí solicitada por el Ministerio Fiscal en fase de informes por tiempo de seis años y seis meses, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, si bien por un tiempo de cinco años.

Por último, al amparo del artículo 57, procede la imposición de la accesoria de prohibición de aproximación a la víctima en una distancia inferior a 500 metros, su domicilio, lugar de estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, por un periodo de cinco años, a cumplir de forma simultánea a la pena de prisión.

En este caso no se ha solicitado por el Ministerio Fiscal la prohibición de comunicación y, tratándose, esta sí, de pena facultativa, que no preceptiva, a ello debe estarse.

SEXTO.- Responsabilidad civil

Toda persona criminalmente responsable, lo es también civilmente. En el caso que nos ocupa, no cabe duda de la obligación resarcitoria que incumbe al acusado, cuyo objeto es el quebranto causado a la menor. La naturaleza extrapatrimonial del daño no impide su resarcimiento, si bien, ciertamente, dificulta su cuantificación pues, a salvo los supuestos legalmente baremizados, los jueces sólo vienen limitados por la pretensión de las partes y por criterios, a veces difusos y poco cognitivos, de racionalidad social o de prohibición del injusto resarcimiento.



En el presente caso, las máximas de experiencia social y técnica de las que disponemos como jueces nos permiten afirmar que si bien el ataque a la indemnidad de la menor no fue especialmente intenso, sí ha tenido proyección en su vida posterior pues, aunque podría haberse profundizado y aportado prueba que viniera a reforzar dicha cuestión en el plenario, por las partes a quienes incumbe, no hay razones para dudar de lo afirmado tanto por la menor en la diligencia de exploración, como por la madre en su declaración plenaria, y desde luego tampoco sobre la información aportada por el perito psicólogo del Equipo Técnico Sr. Jesús Luis . De todos ellos se obtuvo información sobre el hecho de haber recibido la menor asistencia psicológica, sobre la inseguridad que le produce verse sola en la calle, sobre el rechazo a relacionarse normalmente con los chicos de su edad, sobre problemas de insomnio y sobre miedos recurrentes vinculados a la situación vivida.

Todo ello sin perjuicio de que, obvio resulta, la situación de abuso sexual a la que se vio sometida la menor le supuso, amén de un ataque inadmisibles a su indemnidad sexual, un quebranto de su dignidad como persona. Fijamos por ello la obligación resarcitoria en la cantidad solicitada por la acusación, es decir, 400 euros, que como anunciábamos, constan consignados por el acusado.

SÉPTIMO.- Costas

Procede la condena en costas al acusado, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 123 del Código Penal .

FALLAMOS

Que debemos condenar a Roman como autor de un delito de abuso sexual del artículo 183.1 del Código Penal , concurriendo la atenuante simple de reparación del daño del artículo 21.5ª, a la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la accesoria de prohibición de aproximación a la menor Susana . en una distancia inferior a 500 metros, su domicilio, lugar de estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, por un periodo de cinco años, a cumplir de forma simultánea a la pena de prisión.

Igualmente le imponemos la medida de libertad vigilada por un período de cinco años, a ejecutar con posterioridad a la pena de prisión, y la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por periodo de cinco años.

En materia de responsabilidad civil, el acusado indemnizará a la menor, a través de su representación legal, en la cantidad de 400 euros, cantidad que en su caso devengará los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se impone al acusado el pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que conforme a los arts. 846 bis a) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de los diez días siguientes al de la notificación, del que conocerá el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Póngase en conocimiento personal de la Sra. Valle , madre de la menor, conforme a los arts. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , 7 del Estatuto Jurídico de la Víctima y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas de los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos