



Roj: **SAP T 1695/2019 - ECLI: ES:APT:2019:1695**

Id Cendoj: **43148370042019100336**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **4**

Fecha: **05/11/2019**

Nº de Recurso: **13/2019**

Nº de Resolución: **377/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Rollo de Sala 13/2019-8**

#### **Audiencia Provincial de Tarragona (Sección Cuarta)**

#### **P.A 4/2017**

Juzgado de Instrucción núm. Cuatro de DIRECCION000

#### **Tribunal:**

#### **Magistrados,**

Javier Hernández García (presidente)

Concepción Montardit Chica

Jorge Mora Amante

#### **SENTENCIA N° 377/19**

En Tarragona, a cinco de noviembre de 2019

Se ha sustanciado ante sección de la Audiencia Provincial de Tarragona, el presente procedimiento tramitado como procedimiento abreviado por el Juzgado de Instrucción núm. Cuatro de DIRECCION000, por un presunto delito continuado de abuso sexual del artículo 183.1º y 4º y artículo 74, ambos, CP contra Bienvenido, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, asistido por la letrada Sra. De Mantarás y representado por la procuradora Sra. Yxart.

El Ministerio Fiscal ejerció la acusación pública.

Ha sido ponente, el Magistrado Javier Hernández García.

#### **ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES**

1. Al inicio del acto del juicio oral por la Sala se abrió un turno de cuestiones previas, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 786 LECrim. La defensa solicitó que el acusado prestara declaración en último lugar, lo que fue admitido por la sala ex artículo 701 LECrim.

2. A continuación se practicó toda la prueba propuesta y admitida iniciándose con la declaración de la Sra. Tomasa, de la Sra. Vicenta. A continuación se practicó la pericial psicológica a cargo de los peritos Sra. Daniel, Sra. Marí Jose, Sra. Marí Luz y Sr. Donato. Se introdujo la prueba documental admitida y prestó declaración el acusado, Sr. Bienvenido. Por la vía del artículo 729.3º LECrim, y de conformidad con las partes, se ordenó de oficio una prueba de naturaleza documental, relativa al testimonio del procedimiento civil seguido en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

3. Practicado el cuadro probatorio propuesto por las partes, se sustanció el trámite de calificaciones definitivas. El Ministerio Fiscal elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, pretendiendo la condena del acusado



como autor de un delito de abuso sexual continuado sobre menor de trece años de los artículos 183.1º y 4º a) y 74, ambos, CP a la pena de cinco años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por un periodo de seis años respecto al menor Gabino . y del derecho de sufragio mientras dure la condena y libertad vigilada por un periodo de seis años y seis meses y que indemnice al menor en la cantidad de 8.000 € por daños morales.

4. La defensa, por su parte, elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, solicitando la libre absolución.

5. Evacuados los informes en apoyo de las respectivas pretensiones, se concedió la última palabra al acusado, declarándose a continuación el juicio visto para sentencia.

#### **CUESTIÓN PREVIA**

6. Como medida específica para la protección de los datos personales de la menor concernida en este proceso y para asegurar su derecho a la intimidad y a la indemnidad moral se anonimizarán sus datos personales en la sentencia de conformidad a lo previsto en los artículos 22 Estatuto de la Víctima y 21 Directiva 29/2012 y 235 bis y 236 bis y ss. LOPJ -vid. SSTEDH, caso Z c. Finlandia, de 25 de febrero de 1995; caso C.C c. España de 6 de enero de 2010 y SSTC 185/2002, 127/2003, 144/2003, 114/2006, 41/2009, 64/2011-.

#### **HECHOS PROBADOS**

De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral de conformidad a los principios de oralidad, contradicción e igualdad de armas, ha quedado acreditado:

7. Ha quedado acreditado que el acusado Bienvenido y la Sra. Tomasa , padres del menor Gabino ., nacido el NUM000 de 2012, rompieron su relación de convivencia en septiembre de 2014.

8. Casi desde el inicio de la ruptura surgieron desavenencias sobre el régimen de custodia del hijo común. Al menos en dos ocasiones, durante el primer semestre de 2015, el Sr. Bienvenido denunció a la Sra. Tomasa por impedirle ver a su hijo. En noviembre de 2015, el Sr. Bienvenido presentó una demanda pretendiendo la modificación del plan de parentalidad fijado en la sentencia de 29 de abril de 2015.

9. No ha quedado acreditado que el acusado en diversas ocasiones, durante el 2015, tocara el pene o el culo de su hijo con intención o propósito sexual.

#### **JUSTIFICACIÓN PROBATORIA**

10. Las informaciones probatorias producidas en el acto del juicio no permiten considerar suficientemente acreditados los hechos de la acusación.

11. El caso, no cabe ocultarlo, presenta dificultades propias de la complejidad que siempre acompaña la acreditación de un hecho justiciable como el que ha sido objeto de acusación. Pero no solo. La especial trascendencia de los intereses en juego obliga a un análisis particularmente cuidadoso de todas las informaciones de prueba. Y no solo como un imperativo de método en la protección del derecho a la presunción de inocencia del Sr. Bienvenido sino, también, para asegurar la adecuada protección del menor Gabino . Si el proceso penal seguido ya ha tenido a buen seguro graves y tangibles efectos sobre el régimen parental y, en esa medida, sobre las condiciones de adecuado desarrollo emocional y madurativo del menor, cabe imaginarse las consecuencias que pudieran derivarse de la condena de uno de sus progenitores como autor de abusos sexuales. El principio de presunción de inocencia debe extremarse, si cabe. No debe condenarse a un progenitor por abusos sexuales sobre su hijo menor, con las consecuencias devastadores que puede producir sobre la propia vida del niño, hoy y, sobre todo, mañana, si el fundamento de la condena no se presenta particularmente enriquecido por elementos probatorios cualificados. Por eso, en este proceso el interés superior del menor constituye, a su vez, un elemento de análisis y una finalidad esencial de protección para la toma decisión.

12. En el caso, los fundamentos probatorios de la acusación pivotan sobre las informaciones que se afirman referidas por el menor con poco más de tres años a su madre, por la exploración extraprocesal al que fue sometido en la Unitat de Pediatria Social del HOSPITAL000 de DIRECCION001 y por los seguimientos realizados por el Servicio d'Intervenció Especialitzada de Tarragona.

13. La madre, la Sra. Tomasa , indicó que el menor le verbalizó, al regresar de alguna de las visitas con su padre, que este le tocaba el pene y la zona anal, haciéndole daño. Los expertos de la Unidad, después de entrevistarse con la Sra. Tomasa y su hija mayor, exploraron al menor en cuatro sesiones que no fueron grabadas y cuya metodología empleada tampoco ha resultado particularmente clara.



En el curso de las mismas, como se recoge en el informe y ratificó la perito en el plenario, el niño, al ser preguntado "si alguien le ha tocado", contestó que nadie, a salvo "el pare de la Petra ", forma con la que, parece, se refería a su padre biológico. Preguntado si volvería con ese señor -al que no veía al menos desde marzo o abril de 2015, por tanto desde que recién había cumplido los tres años de edad- el menor manifestó "que no, porque me toca el culo". En otro tramo de las entrevistas, repreguntado "que como era eso que el papá de la Petra te tocaba", el niño contestó, "la pichina", imitando con las manos un movimiento parecido a la masturbación. Y respecto al culo, haciendo un gesto que sugiere un hábito de higiene.

Las técnicas -psicóloga y trabajadora social- que realizaron las exploraciones indicaron espontaneidad en el relato y un adecuado nivel expresivo y de lenguaje, adaptado a su corta edad. No obstante, la perito, Sra. Marí Jose , afirmó en el plenario, que no concluyeron sobre la existencia de abusos sexuales sino de *comportamiento inapropiado*. La perito Sra. Marí Luz , que realiza un seguimiento psicológico del menor desde 2016, precisa que este, en ocasiones, desarrolla ataques de ira, lo que sugiere que ha vivido situaciones muy estresantes y que puntualmente le ha manifestado *que se acuerda que su papá le hacía cosas muy feas y no le dejaba dormir*.

14. Pues bien, dichas informaciones no pueden calificarse, ni mucho menos, de concluyentes para declarar la existencia de abuso sexual. Si bien la Sra. Marí Jose y la Sra. Marí Luz descartaron factores significativos de sugestividad lo cierto es que resulta difícil compartir la conclusión. Y ello por las siguientes razones: primera, consta que la Sra. Tomasa llevó al niño al HOSPITAL001 el 22 de octubre de 2015, indicando a los facultativos que el motivo de la consulta era que el niño le había sugerido que su padre podría hacerle tocamientos; segunda, la intervención de las técnicas del Hospital de DIRECCION001 -a ciento veinte kilómetros de Tarragona- se activó en diciembre de 2015 por la derivación de los servicios sociales de Tarragona, después de recibir la denuncia de la Sra. Tomasa . No consta si las personas responsables de dicho servicio entraron en contacto con el menor. Pero es obvio que no cabe descartarlo; tercera, el acusado había promovido en fecha 17 de noviembre de 2017 una demanda de modificación del régimen de parentalidad fijado en la sentencia de 15 de abril de 2015. También en julio de 2015 había formulado denuncia -ya constaba una previa de diciembre de 2014- contra la Sra. Tomasa por impedirle ejercer su derecho de visitas; cuarto, la Sra. Tomasa interpuso denuncia penal por los hechos que dan origen a este proceso el 4 de diciembre de 2015.

15. Como anticipábamos resulta difícil en este contexto de alta conflictividad sostener que un menor de tres años y medio que hace meses que no ve a su padre, no percibiera, directa o indirectamente, elementos de sugestión. Informaciones con un alcance autoritativo o, al menos, interpretativo de la segura fraccionada realidad recordada. Pero no solo. El contexto se nutre de otros elementos que le dan una particular relevancia modificativa del canal de información y de la propia información transmitida. Preexistía un proceso penal contra el hoy acusado por violencia sobre la Sra. Tomasa del que resultó finalmente absuelto. Pero, también, y como indicó la Sra. Tomasa , en el acto del juicio, su hija Aurelia , ya mayor de edad, le manifestó que en el año 2006, el acusado le hizo tocamientos de índole sexual. Hechos presuntos que ni la Sra. Tomasa ni su hija han denunciado. Pero debe llamarse la atención que la Sra. Tomasa cuando acudió al Hostal DIRECCION002 lo hizo acompañada de Gabino . y de su hija Aurelia . Y que esta, tal como consta en el informe elaborado, se entrevistó, con carácter previo a la exploración del menor, con las técnicas, manifestándoles que el hoy acusado, padre del menor -compañero sentimental de su madre- le había realizado tocamientos años antes.

16. Este contexto de grave y complejo conflicto es tomado muy en cuenta por el perito Sr. Donato , psicólogo del Equip Tècnic de Tarragona, quien elaboró un informe sobre la posible afectación del menor en el que se ratificó en el acto del juicio. El informe elaborado a la luz de todos los antecedentes derivados de las respectivas intervenciones y, muy en particular, de los elaborados al hilo del proceso civil seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de DIRECCION000 , destacó que no podía identificarse afectación en la medida en que la propia base fáctica no resulta verosímil. Tanto por el contexto conflictual en el que se produce la denuncia, la muy escasa competencia de un niño de tres años para narrar y distinguir experiencias reales o imaginarias y, muy en particular, por los significativos marcadores de personalidad histriónica y manipulativa que presenta la propia Sra. Tomasa , el perito cuestiona la fiabilidad de las informaciones referidas y aportadas por el propio menor. Sobre estas, apuntando, además, el riesgo de una interpretación sexualizante interesada.

17. Partiendo de dichas valoraciones periciales, identificamos muy notables debilidades probatorias. Y no relacionadas, solo, con la edad del niño. Es obvio que la edad del menor al tiempo de la exploración realizada en el HOSPITAL000 , tres años y medio, comporta una significativa dificultad descriptiva de circunstancias fácticas.

Pero en el caso, nuestras dudas de fiabilidad se derivan, sobre todo, de que no pueden descartarse elementos de sugestión en el relato, condicionantes contextuales que apuntan a una situación de grave conflicto entre los progenitores consecuente, precisamente, a una disputa sobre el régimen de custodia de E.. A ello hemos de sumar la ausencia de elementos externos corroborativos y la propia inespecificidad de la información obtenida del menor. En condiciones metodológicas, además, no particularmente claras en las que no cabe excluir



sesgos de partida -la previa entrevista con Aurelia , la hija de la Sra. Tomasa - y una excesiva unilateralización del punto de observación.

18. Creemos que los resultados que arroja la información probatoria aportada no han superado el estándar de acreditación del hecho más allá de toda duda razonable, lo que conduce a dictar sentencia absolutoria.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

19. Los hechos que se declaran probados no constituyen delito alguno.

20. Sin delito no puede declararse ningún tipo de responsabilidad criminal o civil.

21. Las costas del proceso se declaran de oficio, por así disponerlo el artículo 240 LECrim.

22. Tal como dispone el artículo 109 LECrim y artículo 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento europeo y del Consejo sobre *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Tomasa .

### PARTE DISPOSITIVA

**Fallamos, en atención a lo expuesto,**

**Absolvemos** a Bienvenido del delito por el que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Levántense todas las medidas cautelares adoptadas contra el acusado.

Notifíquese la presente resolución a las partes y comuníquese por copia a la Sra. Tomasa , en la representación del menor Gabino .

Esta sentencia tendrá carácter reservado y su acceso a terceros condicionado a un juicio previo de legitimación. A salvo para las partes, deberán anonimizarse los datos personales en cualquier copia que se realice de la presente resolución.

Esta es nuestra sentencia, contra la que cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que firmamos y ordenamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y publicada la anterior sentencia, fue leída íntegramente el 04/11/2019