



Roj: **SAP VI 693/2019 - ECLI: ES:APVI:2019:693**

Id Cendoj: **01059370022019100158**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **2**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **70/2018**

Nº de Resolución: **137/2019**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **RAUL AZTIRIA SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN SEGUNDA - UPAD
ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-BIGARREN SEKZIOA - ZULUP**

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - CP/PK: 01008

TEL. : 945-004821 FAX : 945-004820

NIG P.V. / IZO EAE: 01.02.1-17/009714

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.43.2-2017/0009714

Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 70/2018

Atestado n.º / Atestatu-zk. : NUM000

Hecho denunciado / *Salatutako egitate* : ABUSO SEXUAL CONTINUADO A MENOR DE 16 AÑOS Y DELITO CONTINUADO DE AMENAZAS /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Penal / Gasteizko Instrukzioko 3 zenbakiko Epaitegia - Zigor-arloko ZULUP Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 1603/2017

Contra / *Noren aurka* : Cesareo

Procurador/a / *Prokuradorea* : SORAYA MARTINEZ DE LIZARDUY PORTILLO

Abogado/a / *Abokatua* : MIGUEL RODRIGUEZ PARRA

Celsa en calidad de DENUNCIANTE

Abogado/a / *Abokatua*: SARA JAUREGUI LLORENS

Procurador/a / *Prokuradorea*: IRATXE DAMBORENEA AGORRIA

La Audiencia Provincial de Álava, compuesta por los Iltmos. Sres. D. Jesús Alfonso Poncela García, Presidente, D.ª Ana Jesús Zulueta Álvarez y D. Raúl Aztiria Sánchez, Magistrados, ha dictado el día 3 de junio de 2019 la siguiente,

SENTENCIA N.º 137/2019

Visto ante esta Audiencia Provincial el presente procedimiento Abreviado nº 1603/17, Rollo de Sala nº 70/18, procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz, seguido por un delito de abuso sexual continuado a menor de 16 años y un delito continuado de amenazas, contra D. Cesareo provisto de NIE NUM001 , nacido en DIRECCION000 -Colombia- el día NUM002 /1958, hijo de Gines y de Inés , vecino de Vitoria-Gasteiz (Álava), de nacionalidad Colombiana, en situación administrativa regular en España, con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, cuya solvencia o insolvencia no consta, defendido por el letrado Sr. Miguel Rodríguez Parra y representado por la procuradora Sra. Soraya Martínez de Lizarduy. Actuando como Acusación Particular Dª. Celsa bajo la dirección letrada de la Sra. Sara Jauregui



Llorens y representada por la procuradora Sra. Iratxe Damborenea. Con intervención del Ministerio Fiscal.
Asume la ponencia el Ilmo. Sr. Magistrado D. Raúl Aztiria Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en su escrito de conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual continuado a menor de 16 años, previsto y penado en los artículos 183.1 y 74 del Código Penal y un delito continuado de amenazas previsto y penado en el artículo 169.2 ° y 74 del mismo texto punitivo. Consideró responsable en concepto de autor al acusado conforme al artículo 28 del CP, concurriendo las circunstancias agravantes de reincidencia (prevista en el artículo 22.8° CP) y abuso de confianza (prevista en el artículo 22.6° CP) en relación al delito de abuso sexual continuado a menor de 16 años.

Asimismo, solicitó imponer al acusado Cesareo las siguientes penas:

- Por el delito de abuso sexual continuado a menor de 16 años, previsto y penado en los artículos 183.1 y 74 del Código Penal, la pena de seis años de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo, conforme al artículo 57.1 del CP procede imponer la pena de prohibición de aproximación a menos de 200 metros de la menor Maribel, su domicilio, centro escolar o cualquier otro que frecuente, así como prohibición de comunicación con ella por cualquier medio por tiempo de siete años.

Conforme al artículo 192 del CP, procede imponer al acusado la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de diez años que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, así como el pago de las costas procesales.

- Por el delito continuado de amenazas previsto y penado en el artículo 169.2 ° y 74 del CP, la pena de un año y seis meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; asimismo, conforme al artículo 57.1 del CP procede imponer la pena de prohibición de aproximación a menos de 200 metros de la menor Maribel, su domicilio, centro escolar o cualquier otro que frecuente, así como prohibición de comunicación con ella por cualquier medio por tiempo de dos años y seis meses.

Por último, el acusado deberá indemnizar en concepto de responsabilidad civil a Maribel en la cantidad de 3.000 euros; y costas procesales.

SEGUNDO.- En esencia, la acusación particular calificó los hechos relatados constitutivos de los siguientes delitos:

Con carácter principal:

- A) Un delito de abuso sexual continuado de menor de 16 años previsto y penado en el artículo 183.3 y 74 del Código Penal;
- B) Un delito continuado de amenazas continuado previsto y penado en el artículo 169.2 ° y 74 del Código Penal;
- C) Un delito de coacciones continuado previsto y penado en el art.172.1 del Código Penal.

Subsidiariamente:

- A) Un delito de abuso sexual continuado de menor de 16 años previsto y penado en el artículo 183.1 y 74 del Código Penal;
- B) Un delito continuado de amenazas continuado previsto y penado en el artículo 169.2 ° y 74 del Código Penal;
- C) Un delito de coacciones continuado previsto y penado en el art.172.1 del Código Penal.

De los anteriores delitos es responsable en concepto de autor el acusado Don Cesareo concurriendo las circunstancias agravantes de reincidencia (art.22.8° del Código Penal) y abuso de confianza (art.22.6° del Código Penal) en relación con el delito A.

Solicitaba las siguientes penas:

Con carácter principal:

- A) Por el delito A de abuso sexual continuado de menor de 16 años previsto y penado en el artículo 183.1 y 74 del Código Penal en relación con el art.66 CP, procede imponer la pena de doce años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la pena.



Asimismo, conforme al art.57.1 del Código Penal , procede imponer al acusado la prohibición de acercarse a una distancia inferior de 200 metros de la menor Maribel , de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por el tiempo de ocho años.

Conforme al art.192 del Código Penal procede imponer al acusado la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de diez años que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Igualmente procede imponer la prohibición de tenencia de armas durante todo el tiempo que dure la pena de prisión y durante el periodo de la libertad vigilada.

B) Por el delito continuado de amenazas previsto y penado en el artículo 169.2 ° y 74 del Código Penal , procede imponer la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la pena.

Asimismo, conforme al art.57.1 del Código Penal , procede imponer al acusado la prohibición de acercarse a una distancia inferior de 200 metros de la menor Maribel , de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por el tiempo de tres años.

C) Por el delito de coacciones continuado previsto y penado en el art.172.1 del Código Penal procede imponer la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la pena.

Asimismo, conforme al art.57.1 del Código Penal , procede imponer al acusado la prohibición de acercarse a una distancia inferior de 200 metros de la menor Maribel , de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por el tiempo de tres años.

Y costas.

Subsidiariamente:

A) Por el delito A de abuso sexual continuado de menor de 16 años previsto y penado en el artículo 183.1 y 74 del Código Penal en relación con el art.66 CP , procede imponer la pena de siete años y medio de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la pena.

Asimismo, conforme al art.57.1 del Código Penal , procede imponer al acusado la prohibición de acercarse a una distancia inferior de 200 metros de la menor Maribel , de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por el tiempo de ocho años.

Conforme al art.192 del Código Penal procede imponer al acusado la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de diez años que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Igualmente procede imponer la prohibición de tenencia de armas durante todo el tiempo que dure la pena de prisión y durante el periodo de la libertad vigilada.

B) Por el delito continuado de amenazas previsto y penado en el artículo 169.2 ° y 74 del Código Penal , procede imponer la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la pena.

Asimismo, conforme al art.57.1 del Código Penal , procede imponer al acusado la prohibición de acercarse a una distancia inferior de 200 metros de la menor Maribel , de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por el tiempo de tres años.

C) Por el delito de coacciones continuado previsto y penado en el art.172.1 del Código Penal procede imponer la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de la pena.

Asimismo, conforme al art.57.1 del Código Penal , procede imponer al acusado la prohibición de acercarse a una distancia inferior de 200 metros de la menor Maribel , de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por el tiempo de tres años.

Y costas.



En concepto de responsabilidad civil Don Cesareo deberá indemnizar en la cantidad que se desglosa de la siguiente forma:

¿ 15.000 euros a abonar a Maribel por los daños morales derivados de las secuelas actuales y futuras, así como del malestar y sufrimiento provocado.

¿ 6.000 euros a abonar a Celsa por daños morales derivados del desasosiego, sufrimiento soportado, sentimiento de culpabilidad padecido y en definitiva el malestar provocado en ella por lo sucedido a su hija menor habiendo tenido que recurrir a tratamiento psicológico a consecuencia de lo sucedido.

A estas cantidades les es aplicable el interés legal así como del interés por mora procesal del artículo 576 LEC .

TERCERO.- La defensa del encausado mostró su disconformidad con los correlativos del Ministerio Fiscal y acusación particular en sus respectivos escritos de calificación, manifestando que no procede imponer a su defendido pena alguna por estos hechos.

CUARTO.- La presente causa fue turnada para su enjuiciamiento a esta Sección de la Audiencia Provincial de Álava, en la que fue registrada con el número reseñado, designándose Magistrado ponente y admitiéndose las pruebas propuestas por la acusación y la defensa. Asimismo, se señaló el día 13 de febrero de 2019 para propuesta de cuestiones previas resueltas por posterior auto de fecha 18 de febrero de 2019. El juicio se reanudó el día 15 de abril de 2019, con la asistencia del encausado y demás partes procesales.

QUINTO.- Se practicó la prueba propuesta y admitida, consistente en el interrogatorio del encausado, diversa testifical, pericial y documental por reproducida, con el resultado que obra en el correspondiente soporte de grabación audiovisual.

SEXTO.- Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales modificándolas la acusación particular en el sentido propuesto por el Ministerio Fiscal con alguna ligera variación en las penas solicitadas y en la indemnización por responsabilidad civil. La defensa hizo lo propio elevando a definitivas sus conclusiones provisionales insistiendo en la absolucón del encausado.

SÉPTIMO.- Tras informar todas las partes, el acusado hizo uso de la última palabra, y quedaron los autos vistos para sentencia.

OCTAVO.- En la tramitación del presente juicio oral ante este Tribunal se han observado esencialmente las prescripciones legales de aplicación.

HECHOS PROBADOS

Ha resultado probado y así se declara que:

PRIMERO.- *El encausado, Don Cesareo (en adelante, Sr. Carlos Manuel), con NIE NUM001 , mayor de edad, en situación administrativa regular en España, con antecedentes penales, al menos durante los años 2016 y 2017 ejercía de líder espiritual (Pastor) en el Centro Cristiano DIRECCION001 sito en al PASEO000 , número NUM003 , de la ciudad de Vitoria-Gasteiz.*

Durante ese periodo, el encausado, en su condición de Pastor, se fue ganando la confianza tanto de la asidua feligresa Doña Celsa (en adelante, Sra. Catalina) como de sus hijos menores, especialmente, de su hija Maribel (en adelante, Delia) nacida el NUM004 de 2008, hasta el punto de que el encausado se ofrecía para quedarse al cuidado de los niños en el local de ritos mientras la madre aprovechaba para realizar compras.

SEGUNDO.- *En este contexto, el encausado, con la finalidad de obtener satisfacción sexual, comenzó a aprovechar los espacios que tenía a solas con los menores, hijos de Catalina , para frotar con su pene la zona anal de Delia , en ocasiones por encima de la ropa, en otras no e, igualmente, realizarle tocamientos en su zona vaginal y lamérsela. Para ello, se llevaba a la pequeña al baño del salón religioso o, en todo caso, aprovechaba momentos en que ésta se encontraba sola mientras su hermano permanecía jugando en otras dependencias del salón religioso.*

Tales comportamientos se realizaron en fechas indeterminadas pero, en todo caso, entre los años 2016 y 2017, así como, en número indeterminado de veces, en todo caso, no más de siete.

El encausado, desde su condición de Pastor y aprovechando la confianza que se había ganado con la pequeña, a quien en más de una ocasión le hacía regalos, consiguió seducirla -sin causar quebranto alguno en su tranquilidad y sosiego- con el fin de que no contara nada de lo que estaba ocurriendo ya que era "un secreto" entre ellos, y si lo hacía, podía morir y el Pastor enfadarse.



TERCERO.- En concreto, el día 4 de diciembre de 2017, sobre las 18.30 horas de la tarde, el Sr. Carlos Manuel se personó en el domicilio de Catalina en el que convivía con sus hijos, sito en la CALLE000 , número NUM003 , NUM005 NUM006 , de la ciudad vitoriana.

Una vez allí, el encausado, aprovechando un momento en que se quedó a solas con la niña en el salón de la vivienda pues su madre, quien tenía que irse de viaje a Madrid, se ausentó un instante para vestir a su otro hijo en otra dependencia de la casa, asió para sí a la menor agarrándole de la cintura con la intención de sentarla en sus rodillas y frotarle con su pene lo que no consiguió al gritar la menor "¡no, no, no!", alertando a la madre quien compareció de inmediato en el salón observando a su hija nerviosa y al encausado incorporándose manifestando a Catalina que ya se marchaba, como así hizo. Es en ese momento cuando la menor relata a su madre que el Pastor "le toca su vagina, se la chupa y que le quiere ver el culo".

No obstante esto, momentos después, esa misma tarde, a las 19.06 horas, Catalina recibe una llamada del Sr. Carlos Manuel efectuada desde un locutorio sito en la CALLE001 de la localidad de Vitoria-Gasteiz con el pretexto de que se había dejado la cartera en el domicilio de aquélla y le propone acercarla a la estación de autobuses para emprender su posterior viaje a Madrid. Ésta acepta. Una vez el encausado deja a Catalina en la estación de autobuses, acude al mismo locutorio y a las 19.37 horas efectúa nueva llamada, en esta ocasión a Delia , interesándose por lo que le había dicho su madre respecto de lo acontecido esa tarde entre ellos.

Tres días después, el 7 de diciembre de 2017, cuando Catalina regresa de su viaje de Madrid, y Delia le da más detalles de lo sucedido con el Pastor, se personan madre e hija en dependencias policiales y denuncian los hechos.

CUARTO.- El encausado ha resultado ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de fecha 3 de abril de 2014 dictada en el procedimiento abreviado, número 15/14, hechos de 11 de noviembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Álava, a la pena de 2 años de prisión y 3 años de prohibición de aproximación y comunicación por un delito de abuso sexual a menor de 16 años, ex art. 183.1 Cp .

Igualmente, el Sr Carlos Manuel ha resultado ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de fecha 23 de octubre de 2014 dictada en el procedimiento abreviado, número 46/14, hechos de 2 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Álava, a la pena de 2 años de prisión y 3 años de prohibición de aproximación y comunicación por un delito de abuso sexual a menor de 16 años, ex art. 183.1 Cp .

QUINTO.- El día 12 de diciembre de 2017, el juzgado instructor de esta causa imponía al Sr. Carlos Manuel , ex art. 544 bis, la medida cautelar de prohibición de aproximación, a menos de 200 metros, y de comunicación, por cualquier medio, respecto de la menor Delia y su madre Catalina .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - CUESTIONES PREVIAS y PROPOSICIÓN DE PRUEBA.

Previamente a entrar en el análisis de la prueba debemos hacer mención a las cuestiones previas planteadas por las partes (antes del inicio del juicio oral) y proposición de prueba que, no obstante, fueron resueltas por esta Sala en resolución aparte, en concreto, por auto de fecha 17 de septiembre de 2018 y que estimamos necesaria su reproducción.

Así es, reproducimos y transcribimos referidas cuestiones, así como, los argumentos fácticos o jurídicos (debidamente fundados) que nos sirvieron de base para llegar a nuestra convicción (reflejada en la parte dispositiva) respecto de los extremos que las partes sometieron a nuestra consideración a fin de que, en su caso, puedan reproducir la cuestión en el recurso correspondiente. Dice el artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sentido amplio, " en la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio", tanto en lo penal (artículo 742, párrafo primero) como en lo civil (artículo 742, párrafo segundo, y 142 último párrafo).

Decíamos en los FD de mentado auto:

" (¿) **PRIMERO.-** El artículo 786.2 LECr expresamente dispone: "El juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto (¿)".

En el caso que nos ocupa, este Tribunal citó a las partes en el día señalado en los antecedentes fácticos de esta resolución a fin de evacuar el trámite previsto en precitado artículo, esto es, comenzar el juicio oral, dar lectura



a los escritos de acusación y defensa, y abrir turno de cuestiones previas (función sanadora o depurativa del proceso), así como, de proposición de prueba.

Precitado artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue diciendo que, tras la exposición de las cuestiones previas y la audiencia de las partes, " *el juez o tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas*" y que " *frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia*" . La ley no dice qué forma ha de adoptar la decisión del juez o tribunal lo que ha provocado en la praxis judicial distintas formas de articulación jurisprudencialmente admitidas, una de ellas, la seguida en este caso por este Tribunal. El órgano judicial cita a las partes para referido trámite, se materializa, y el Tribunal, aunque adelante oralmente las decisiones adoptadas al respecto, pospone su decisión debidamente argumentada (fáctica y jurídicamente) a un posterior auto (la resolución que nos ocupa) que se notifica a las partes.

No obstante esto, dicho sea de paso que, después en la sentencia reproduciremos y transcribiremos referidas cuestiones y los argumentos fácticos o jurídicos (debidamente fundados) que nos han servido de base para llegar a nuestra decisión en este turno de "cuestiones previas" y "proposición de prueba" con el fin de que las partes que formulen oportuna protesta puedan, si lo consideran oportuno, reproducir la cuestión en el recurso correspondiente. Dice el artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sentido amplio, de aplicación supletoria al Procedimiento Abreviado, " *en la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio*" , tanto en lo penal (artículo 742, párrafo primero) como en lo civil (artículo 742, párrafo segundo, y 142 último párrafo).

SEGUNDO.- Hecho el anterior preludio, en lo que a la función sanadora o depurativa del proceso se refiere, concedida la palabra al Ministerio Fiscal, por éste se planteó que la acusación particular adicionó en su escrito de conclusiones provisionales un hecho que no estaba incluido en el relato de "hechos punibles" del denominado en el foro judicial auto de PA, que la parte acusadora consintió, y que, por tanto, adquirió firmeza. En concreto, el Ministerio Público se refería a la " *penetración anal*" que, según la acusación particular, el encausado habría realizado sobre la menor causándole dolor. Además, sigue diciendo el Ministerio Público, la contemplación de tal hecho (con tipificación en el art. 183.1 y . 3 Cp) hubiera provocado un cambio procedimental en sumario ordinario. En conclusión, solicita que se excluya tal hecho del presente enjuiciamiento.

Por su parte, la defensa del encausado mostró su total conformidad a la argumentación esgrimida por el Ministerio Público siendo la acusación particular la que mostró desacuerdo. Así, se manifestó por la digna letrada que, aquel auto, del que admite su firmeza, sí contemplaba tal penetración anal al referir literalmente que el " *encausado realizó actos de contacto sexual con la zona genital de la menor*" . Además, sigue diciendo, la menor, en sede policial, lo manifestó.

Pues bien, como ya adelantó el Tribunal, la cuestión suscitada por el Ministerio Fiscal ha de tener favorable acogida.

Analizando las actuaciones, en concreto, el Auto de Transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado de fecha 21 de junio de 2018 (al folio 189), no refirió en su relato la posible existencia de un delito de abuso sexual **en su modalidad agravada de acceso carnal por vía anal (art. 183.1 y . 3 Cp)** , sino que se relatan hechos, en lo que interesa, eventualmente subsumibles en un delito de abuso sexual en su tipo básico, ex art. 183.1 Cp .

Y botón de muestra de lo anterior, es que la jueza instructora descartara transformar el procedimiento en sumario (pues el enjuiciamiento de aquella modalidad agravada hubiera exigido tal acomodación), dictando la resolución prevista en el art. 779.1.4 Lcrim. *Ítem más* , el Ministerio Fiscal, consecuencia del traslado de actuaciones previsto en precitada resolución, presentó escrito de acusación aquietándose con el relato de "hechos punibles" contemplado y realizando una calificación jurídica acorde a ellos y dentro de los límites del procedimiento abreviado (por delito de abuso sexual, ex art. 183.1 Cp).

Y mentado auto de fecha 21 de junio de 2018 devino firme y inalterable. Nótese que durante la tramitación de las diligencias previas en ningún momento solicitó la Acusación Particular la transformación de la causa a Sumario, lo que debería haber hecho si estaba en su ánimo formalizar acusación en su día por delito cuya pena en abstracto supera los 9 años de prisión (en concreto, solicita 12 años de prisión). La primera vez que se vislumbra tal ánimo es en el escrito de fecha 8 de octubre de 2018 (folio 218), es decir, posterior al auto de conversión de las DP a PA, y aprovechando un trámite inidóneo para tal fin, como es la presentación del escrito de conclusiones provisionales previsto en el art. 780.1 Lecrim .

Y es que, caso de hallarse disconforme con dicho auto de 21 de junio de 2018, en concreto, con la delimitación que del objeto del proceso allí se hacía (hechos punibles), la dirección letrada debería haber interpuesto



el recurso procedente (art. 766 Lecrim) mostrando la disconformidad con el relato de "hechos punibles" reflejado al no incluir un supuesto acceso carnal por vía anal lo que determinaría, además, una transformación a procedimiento ordinario. Y no lo hizo. Y una vez firme el auto previsto en el art. 780.1 tanto el Ministerio Fiscal como las Acusaciones Particulares están obligadas a formalizar sus conclusiones provisionales dentro del ámbito de esta clase de proceso, lo que impide "ex lege" imputar delitos (o modalidades agravadas) cuya pena en abstracto supere los 9 años de privación de libertad, límite penológico que separa el juicio abreviado del sumario.

En cualquier caso, nótese que el contexto fáctico descrito en el auto de PA no desvela un comportamiento claro y evidente equiparable a una conducta tan grave como un acceso carnal vía anal sino, en todo caso, alude a comportamientos de naturaleza sexual que no implican acceso carnal. Habla de "tocamientos" y con "la mano" (no con el pene) en la "zona genital" (no anal) de la menor, "con y sin ropa", así como actos de "**contacto sexual**" que si bien es cierto la expresión es ambigua y podría admitirse como referencia a cierta forma de acceso carnal, no lo es menos que, a continuación, se dice "**con la zona genital de la menor**", por tanto, no anal, como refiere la acusación particular.

Nos encontramos por tanto con la circunstancia de que los hechos relativos a otro posible delito de abuso sexual en su modalidad agravada de acceso carnal por vía anal no fue objeto del Auto de Transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado.

En definitiva, en palabras del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2013 (Ponente Sr. Del Moral), se habría producido una indebida ampliación del objeto procesal fijado en el auto de transformación. El objeto de enjuiciamiento en el proceso penal se va perfilando progresivamente a través de distintas actuaciones procesales. En el proceso ordinario los hitos básicos son procesamiento, apertura del juicio oral, escritos de calificación provisional y conclusiones definitivas. Para que unos hechos punibles concretos, pasen a ser objeto definitivo del proceso y puedan ser enjuiciados necesitan atravesar todos esos tamices: la calificación provisional no podrá incorporar hechos no contenidos en el procesamiento.

En el ámbito del procedimiento abreviado, la reforma de 2002 arrojó luz en esta materia acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional reforzada por la exigencia de una específica delimitación en el auto de conclusión de las diligencias previas (art. 779.1.4ª): si el hecho constituyera delito comprendido en el art. 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el art. 775. La declaración como imputado se configura así legalmente como una actuación definidora del objeto del proceso y de las personas contra las que se dirige. Los hechos contemplados en el auto indicado, así como las personas que la misma resolución declare imputadas a las que deberá haberse recibido declaración previa en esta condición, fijan el ámbito del proceso al que han de ajustarse los ulteriores trámites.

A partir de ese momento quedó consolidado ese auto de transformación como equivalente para el procedimiento abreviado al auto de procesamiento en el ordinario. A él corresponde delimitar los hechos punibles y posibles partícipes, es decir, el ámbito objetivo y subjetivo del proceso, y se encuentra sometido a un amplio régimen de revisión a través de los recursos procedentes (reforma y/o apelación).

Y es que la delimitación objetiva del proceso no se realiza en el auto de apertura del juicio oral, contra el cual cabe recordar que no cabe recurso alguno salvo en lo relativo a la situación personal del investigado, sino que dicha delimitación se produce en el auto de acomodación de las Diligencias Previas al cauce del procedimiento abreviado. En dicha resolución se han de exponer los hechos punibles y las personas indiciariamente responsables de los mismos, sin que las partes estén vinculadas por la calificación que realice el juez instructor. Ahora bien, para formalizar una determinada acusación por un concreto delito es necesario que los elementos fácticos de dicho delito aparezcan en la descripción de los hechos punibles, evitando así acusaciones sorpresivas y distintas a lo delimitado en el auto de PA.

En este sentido la Sentencia del TS de 22 de Mayo de 2014 con cita de la STS. 179/2007 de 7.3 , señala que "*el apartado cuarto del número primero del art. 779 LECrim . ordena dictar auto que transforme el procedimiento y continúe la tramitación por las normas del Capítulo IV cuando el hecho constituye delito comprendido en el art. 757. La nueva redacción de la LO. 38/2002 establece los extremos que, al menos, debe contener dicho auto: determinación de los hechos punibles y la identificación de las personas imputadas; además ordena que no podrá dictarse tal auto de transformación contra persona a la que no se le haya tomado declaración como imputada. **El auto de transformación vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y en las personas responsables** , pero no en las calificaciones jurídicas que el Juez formule, por cuanto el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado no tiene por finalidad y naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones (¿)*".



Asimismo, como decíamos, la asimilación al auto de procesamiento y la naturaleza inculpatoria del auto contemplado en el art. 779.1.4ª de LECr . ha sido avalada por las SSTs 703/2003 , de 13-V, 702/2003 , de 30 -V, o la SSTs. 156/2007 de 25.I, en las que se afirma: **"debemos recordar que dicho auto de transformación a procedimiento abreviado, es el equivalente procesal del auto de procesamiento en el sumario ordinario** –en tal sentido SS de esta Sala de 21 de mayo de 1993 y 1437/98 de 18 de diciembre –, **teniendo la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal en la medida que como se indica en la STC 186/90 de 15 de noviembre "...realiza (el instructor) una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación objetiva de los mismos...". En definitiva, al igual que en el auto de procesamiento, se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza inculpativa delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso. Se trata, en definitiva de un filtro procesal que evita acusaciones sorpresivas o infundadas en la medida que sólo contra quienes aparezcan previamente imputados por los hechos recogidos en dicho auto se podrán dirigir la acusación** , limitando de esta manera los efectos perniciosos que tiene la 'pena de banquillo' que conlleva, por sí sola, la apertura de juicio oral contra toda persona".

Y en íntima relación con esa asimilación Auto de PA/Auto de Procesamiento traemos a colación la reciente sentencia del TS n º 133/2018 de 20 de marzo que, aun referida al auto de procesamiento, es plenamente aplicable al auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado, por cuanto éste, como decíamos (y dice el Alto Tribunal) es el equivalente procesal de aquél. En mentada resolución el recurrente era el Ministerio Fiscal y lo hacía en casación contra sentencia dictada por esta misma Sección de la Audiencia Provincial y este mismo Ponente. Se desestimaba el recurso. Transcribimos parte de su fundamentación jurídica (la negrita es nuestra):

" (¿) Conforme al artículo 384 LECrim "Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias...". El auto de procesamiento -nos dice la STS. 78/2016 de 10 de febrero "- representa, en el ámbito del procedimiento ordinario, la resolución por la que el Juez de instrucción formaliza la inculpación y delimita objetiva y subjetivamente el proceso. Y lo hace mediante una resolución motivada que encierra la provisionalidad derivada, tanto de su naturaleza como acto de inculpación susceptible de ser dejado sin efecto en atención al resultado final de la investigación, como de la singular configuración de la fase intermedia en nuestro sistema (art. 627 LECrim). **Con su dictado el Juez de instrucción expresa la asunción jurisdiccional de los indicios que justificaron la imputación** . Del mismo modo, determina la legitimación pasiva, al convertirse en un requisito previo de la acusación, hasta el punto de que nadie puede ser acusado sin haber sido previamente procesado.

No faltan autores que reducen el alcance del auto de procesamiento a la delimitación subjetiva del proceso, pero sin capacidad para condicionar al Fiscal o al resto de las acusaciones para definir en sus respectivos escritos de conclusiones los presupuestos fácticos que habrían de ser objeto de debate en el acto del juicio oral. Quizás la literalidad del art. 650.1 de la LECrim aliente esta interpretación, en la medida en que, al describir el contenido de la conclusión fáctica del escrito de conclusiones provisionales, alude a los "... hechos punibles que resulten del sumario". De acuerdo con este enunciado, la búsqueda del soporte fáctico que el Fiscal puede rescatar para integrar el hecho por el que se formula acusación, no tendría que limitarse al auto de procesamiento, sino que podía alcanzar a cualquier otro hecho que hubiera sido puesto de manifiesto durante la instrucción del sumario. La única exigencia para descartar la vulneración del derecho de defensa habría que asociarla al hecho de que esa imputación pudiera ser objeto de debate contradictorio en el plenario.

SEGUNDO.- No es éste, sin embargo, el criterio que asume la Sala. **El auto de procesamiento, con todo el carácter provisional que quiera atribuírsele, no puede limitar su funcionalidad a la definición de quién haya de soportar la acusación** . Esta resolución , para cuyo dictado el más clásico de los tratadistas exigía de los Jueces "una moderación y una prudencia exquisitas", **es algo más** . **La garantía jurisdiccional, tal y como fue concebida en el modelo del sumario ordinario, no puede contentarse con dibujar el quién de la inculpación. Ha de precisar también el qué y, por supuesto, el porqué. Sólo así cobra pleno sentido el sistema de investigación jurisdiccional al que se somete la fase de investigación en el procedimiento ordinario** . Una interpretación microliteral del art. 650.1 de la LECrim , conduciría a la desnaturalización del sistema ideado para hacer eficaz la garantía jurisdiccional en el procedimiento ordinario. De hecho, llevado a sus últimas consecuencias obligaría a tolerar, por ejemplo, que el Fiscal pudiera formular acusación por hechos excluidos por decisión judicial en el momento de dictar la resolución de admisión a trámite de una querrela. Esos hechos resultan del sumario y, sin embargo, no pueden integrar el acta de acusación.

Es evidente que el grado de vinculación entre el auto de procesamiento y el escrito de acusación del Fiscal no puede entenderse más allá de sus justos términos . En efecto, la formulación de las conclusiones provisionales corresponde al Ministerio Fiscal. Es él quien actúa el ius puniendi del Estado y quien decide con la autonomía funcional predicable de su configuración constitucional, qué va a ser objeto de acusación y contra quién va



dirigirse la pretensión punitiva. El Juez de instrucción no puede exigir del Fiscal que el hecho por el que se formula acusación y las personas que hayan de soportar esa acusación coincidan con el relato fáctico y con el juicio de inculpación que ha considerado procedente expresar en el auto de procesamiento. **El Fiscal puede no incorporar a su acta de acusación alguno de los hechos acogidos en el auto de procesamiento. Puede también apartarse de la subsunción suscrita por el Instructor y calificar los hechos con una tipicidad alternativa. Puede no acusar a todos y cada uno de los investigados que fueron declarados procesados por el Juez. Está facultado, como es lógico, para instar la revocación del auto de conclusión del sumario para la inclusión de aquellos presupuestos fácticos que, a su juicio, hayan sido erróneamente omitidos por el Juez de instrucción (cfr. art. 627 LECrim). Pero si descarta el sobreseimiento libre o provisional (arts. 637 , 641 y 642 LECrim) y se inclina por formular acusación, no podrá desbordar el relato fáctico dibujado por el Juez de instrucción ni podrá acusar a quien previamente no haya sido declarado procesado .**

Esta forma de concebir el auto de procesamiento como fórmula de concreción de la garantía jurisdiccional, no puede conducir a una interpretación que exija una exactitud fáctica, correlativa entre aquella resolución inculpativa y el escrito de acusación del Fiscal. Hemos dicho en muchas ocasiones que el objeto del proceso es de cristalización progresiva. **Pues bien, el auto de procesamiento es la primera de las decisiones que contribuye a la fijación de los términos del debate. Indudablemente son las conclusiones provisionales del Fiscal las que permiten a la acusación pública formalizar la pretensión punitiva y delimitar por primera vez el objeto del proceso. Pero son las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo dibujan de modo definitivo, delimitando el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. La vinculación objetiva no es identidad objetiva. No es identidad incondicional. Pero sí lo es en lo atinente a los presupuestos fácticos nucleares que definen el tipo objetivo por el que se decretó el procesamiento. La correlación entre ese enunciado fáctico proclamado por el Juez instructor y el que luego asume el escrito de acusación del Fiscal ha de ser interpretada, claro es, con la flexibilidad que permite el progreso de las investigaciones y, en su momento, el desarrollo de la actividad probatoria en el juicio oral .**

El argumento que late en el recurso del Fiscal, referido a la posibilidad que se dio al procesado de defenderse en el acto del juicio oral de los hechos no incluidos en el auto de procesamiento, no puede compartirse. No estamos ante un problema de tutela judicial efectiva, ni siquiera de indefensión formal o material. La prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto de procesamiento es una nota definitoria del sistema. Su exigencia dibuja un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la acusación. No se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado .

Doctrina la anterior que se reitera en la presente resolución pues aun siendo cierto que una ampliación en el relato histórico del escrito de acusación en relación con la descripción de hechos contenida en el auto de procesamiento no implica siempre una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa, pues las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios, no conculcan tales principios y pueden ser introducidas por las acusaciones, tal supuesto no sería el del caso actual, en cuanto la introducción de hechos en el escrito de acusación se refiere a aspectos tan esenciales como cuatro agresiones sexuales sufridas por la víctima entre abril 2011 y julio 2013 y otra entre febrero y mayo 2013, no comprendidas en el auto de procesamiento .

El auto de procesamiento vincula a las partes en cuanto a los hechos imputados y las personas responsables , por cuanto dicho auto no tiene por finalidad y naturaleza la función acusatoria del Ministerio Fiscal y del resto de las acusaciones, de modo que la ausencia de determinación expresa de un delito en referida resolución no impide que pueda ser objeto de acusación si la base fáctica del mismo aparece en el auto y el acusado conocía la misma cuando prestó declaración.

En este sentido el artículo 118 LECrim , con carácter general y el artículo 389 y ss, con carácter específico para el sumario ordinario, imponen del órgano instructor de ilustrar a procesados de los hechos de la causa abierta en su contra. El examen de estos preceptos ha de llevar a la siguiente conclusión: en primer lugar la de que el juez de instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora quién sea el presente autor del delito a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos, que integra la defensa y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el acusado sea oído por la Autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes, con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan interesado en el sumario.

De la anterior información se desprende en segundo lugar, la lógica consecuencia de que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputado, puesto que de otro modo podrían producirse en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellos del juicio oral, aun cuando no hubieren



gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora. En este sentido no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la imputación es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal, (art. 299), en cuya virtud constituye objeto de las diligencias previas determinen "las personas que en él hayan participado", función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues, de lo contrario, las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano, confundiendo el principio acusatorio con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de defensa, permitiéndose, en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la "penalidad" de la publicidad del juicio oral (STC. 16.11.90), en efecto **el auto de procesamiento en el sumario ordinario tiene la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal**, en la medida que el instructor realiza una valoración jurídica tanto de los "hechos como sobre de la imputación objetiva de los mismos". **En definitiva se está en presencia de un acto de imputación formal efectuada por el juez instructor exteriorizador de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador objetivo y subjetivo del proceso**.

Ahora bien el contenido delimitador que tiene el auto de procesamiento para las acusaciones se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas procesadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el instructor a la que no queda vinculado la acusación sin merma de los derechos de los acusados, con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpados, las acusaciones son libres de efectuar la traducción jurídico penal que estimen más adecuada. La interpretación contraria, esto es, partir de que el legislador ordene delimitar el objeto del proceso penal mediante una relación sucinta de hechos que luego no han de ser respetados por las acusaciones, carecería de cualquier sentido. **Es decir, el objeto del proceso penal no es absolutamente libre para las acusaciones, sino que el juez controla, en nuestro sistema jurídico, aquello que va a ser materia de enjuiciamiento penal, tanto para evitar acusaciones sorpresivas como para delimitar los aspectos fácticos de las imputaciones que considere procedentes -de ahí las posibilidades de sobreseimiento que al juez le otorgan-. Y ese control judicial está sujeto a los oportunos recursos a favor de las partes, artículo 384, párrafo sexto, recursos de reforma contra la denegación de procesamiento en cuanto a la inclusión de hechos que constituirían delitos no contemplados y contra su denegación, reproducir la petición ante la Audiencia en el traslado a que se refiere el artículo 627 LECrim, en la fase intermedia (¿)"**

En el caso de autos se pretende formalizar acusación añadiendo otro delito de abuso sexual con acceso carnal por vía anal cuyo elemento básico (acceso carnal por vía anal) no aparece descrito en la relación de hechos punibles del auto de acomodación a procedimiento abreviado por lo que la Sala decidió "in voce" (y ahora documenta) excluir del enjuiciamiento ese hecho apuntado por la acusación particular sin cabida en el auto de procedimiento abreviado ni en referido cauce procedimental.

Y no puede objetarse (ni siquiera se ha hecho por la acusación particular quien tan sólo alude a las -inanes- manifestaciones de la menor en sede policial) que el encausado fuera interrogado sobre esos hechos en fase de instrucción o que su defensa técnica presentó escrito de conclusiones provisionales defendiéndose de los mismos. Eso es rechazable:

Primero, porque como acabamos de transcribir en palabras del Tribunal Supremo: "(¿) **No estamos ante un problema de tutela judicial efectiva, ni siquiera de indefensión formal o material. La prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto de procesamiento es una nota definitoria del sistema. Su exigencia dibuja un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la acusación. No se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado (¿)"**.

Segundo, porque no puede admitirse que sea el tenor de las preguntas formuladas al investigado lo que marque el objeto del proceso. No tendría entonces sentido el auto del artículo 779.1.4ª de la LECr, ni dice esto este precepto, el cual prohíbe que el auto de procedimiento abreviado incluya hechos sobre los que previamente no haya sido oído en declaración el investigado, pero no impone que todos los hechos sobre los que haya declarado conformen la base fáctica del referido auto y por ende el ámbito del proceso al que hayan de acomodarse los ulteriores trámites, sino solo aquellos hechos que el instructor señale, en su función de control del ejercicio de la acción penal por las partes acusadoras.

Tampoco sería objetable (tampoco se insinúa por la acusación particular) que el auto de apertura de juicio oral recogiera la totalidad de los hechos relatados por las acusaciones en sus respectivos escritos (y es verdad) sobre la idea de que dicha resolución es la que determina con carácter definitivo el objeto del debate no siendo un acto de mera ordenación formal del proceso. Y esto, que es cierto, no está exento de matices en nuestro caso.

Así, como decíamos en nuestra reciente sentencia, número 333/2018, RPA 6/18, de 7 de noviembre de 2018, en un caso similar y aplicable perfectamente al nuestro:



"(¿) Respondiendo al argumento de la importancia del auto de apertura del juicio oral (artículo 783 LECr), diremos **no desconocemos que dicha resolución, emitida después de la calificación provisional de las partes, está llamada a determinar con carácter definitivo el objeto del debate, pero previamente aquella calificación provisional habrá de haber pasado el tamiz del auto de procedimiento abreviado (auto de procesamiento en el proceso ordinario)** . Lo dice incluso la STS 326/2013 de 1.4 citada en la sentencia 914/2016 invocada por el Fiscal: "en el proceso ordinario los hitos básicos son procesamiento, apertura del juicio oral, escritos de calificación provisional y conclusiones definitivas. Para que unos hechos punibles concretos, pasen a ser objeto definitivo del proceso y puedan ser enjuiciados necesitan atravesar todos esos tamices: en principio, la calificación provisional no podrá incorporar hechos no contenidos en el procesamiento, o hechos que no hayan sido objeto de investigación en la fase de instrucción."

No puede interpretarse el auto de apertura de juicio oral desvinculado del precedente auto de procedimiento abreviado. Si se le permitiera fijar definitivamente el objeto de debate sin conexión con el auto de procedimiento abreviado y su relato de hechos punibles, éste carecería de sentido, sobraría, pues las partes acusadoras podrían ignorar en sus escritos de calificación el ámbito objetivo que marca y el instructor obviar esa disonancia, sin que la defensa pudiera hacer nada al respecto, puesto que el auto de apertura de juicio oral es irrecurrible, a excepción de lo relativo a la situación personal del acusado (artículo 783.3 LECr).

Nótese además que el auto de apertura de juicio dictado por la Juez instructora en el procedimiento abreviado que precede a este rollo es un auto defectuoso al que por tanto solo puede atribuírsele una función de mera ordenación formal del proceso, de impulso del procedimiento con traslado de las actuaciones al acusado para presentación de escrito de defensa (artículo 784.1 LECr).

Es un auto defectuoso porque lo es de formulario, que además por omisión incluye solo los hechos recogidos en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, que guarda absoluto silencio sobre su petición de sobreseimiento provisional respecto de determinados hechos punibles recogidos en el auto de procedimiento de abreviado [tocamientos y conductas de desprecio a Yolanda y Angelica , respectivamente, quienes, por lo demás, con anterioridad al auto de apertura de juicio oral habían renunciado expresamente al ejercicio de la acción penal, apartándose simultáneamente del procedimiento (folios 752 y 942)] y que a pesar de ello tampoco resuelve ni se plantea la posible aplicación del artículo 782.1 LECr , sino que, al contrario, ordena la apertura del juicio oral también respecto de dichos hechos a iniciativa solo de la acusación popular, en contravención de la norma citada y Jurisprudencia que lo interpreta (vid. STS 288/18 de 14.6)".

En el caso que nos ocupa, una atenta lectura del auto de apertura de juicio oral dictado de fecha 10 de octubre de 2018 (al folio 223) revela una argumentación jurídica de formulario propia de mentada resolución (vid. sus fundamentos de derecho) añadiéndose en sus antecedentes fácticos, a modo de "corta y pega", el relato de hechos ofrecido por las partes acusadoras en sus respectivos escritos de acusación.

En consecuencia, el juez de instrucción no puede acordar la apertura del juicio oral por unos hechos distintos de los contenidos en los escritos de acusación pero que, a su vez, **proceden de los contenidos en el auto de transformación en procedimiento abreviado en cuanto determina los "hechos justiciables" o "punibles"** . Y es que, como decíamos "ut supra", en puridad, la delimitación objetiva del proceso no se realiza en el auto de apertura del juicio oral, contra el cual cabe recordar que no cabe recurso alguno salvo en lo relativo a la situación personal del investigado, sino que dicha delimitación se produce en el auto de acomodación de las Diligencias Previas al cauce del procedimiento abreviado. En dicha resolución se han de exponer los hechos punibles y las personas indiciariamente responsables de los mismos.

En definitiva, la continuación del juicio oral deberá seguir por los cauces del procedimiento abreviado previsto en el art. 786 y ss Lecrim , excluyéndose del enjuiciamiento el hecho indebidamente introducido por la acusación particular en su escrito de acusación provisional relativo al acceso carnal por vía anal.

TERCERO.- En otro orden de ideas, la Sala interesó de la acusación particular que concretara los hechos por los que consideraba que, además, de ser eventualmente constitutivos de un delito continuado de amenazas leves también podrían serlo de coacciones, en su modalidad continuada, en concurso real con aquél, tal y como expresa en su escrito de conclusiones provisionales.

Nada concretó al respecto la acusación interpelada dejando la decisión "a criterio de la Sala" . Ante esto, el criterio de la Sala no puede ser otro que excluir del enjuiciamiento un hipotético delito de coacciones leves con carácter continuado **en concurso real** con los otros hechos delictivos que se imputan al encausado lo que, dicho sea de paso, también redundará en el beneficio de aquélla (acusación particular) ante un eventual pronunciamiento desfavorable respecto de las costas procesales.

Nótese que ni del propio relato fáctico que ofrecía la acusación privada en su escrito de acusación provisional se apreciaba, además de una infracción de amenazas, una de coacciones del art. 172 Cp que siempre requiere



el empleo de violencia (física o anímica o intelectual) con el fin de que el ofendido lleve a cabo una conducta que no desea, sea justa o injusta, o impedirle la realización de los actos que quiere ejecutar.

Cosa bien distinta, es que respecto al otro hecho que refieren las acusaciones, las eventuales "amenazas" que imputan al encausado (quien supuestamente con el fin de evitar ser descubierto y continuar con su propósito criminal decía a la menor que podría morir si contaba a terceras personas los comportamientos de índole sexual que supuestamente estaba padeciendo), en efecto, sin prejuzgar, por tanto, con la debida autocontención, puedan integrar un delito de amenazas leves **Ó** un delito de coacciones, en esa "*delgada línea*" a que hacía alusión la acusación particular en sus alegaciones previas a esta resolución, ambos homogéneos, y que incluso las partes en el trámite de conclusiones definitivas del art. 788.3 LECrim, podrían matizar o definir definitivamente, sin que se viese afectado el principio acusatorio, pero nunca supondría dos ilícitos concurrentes individualmente considerados so pena de incurrir en el "bis in idem".

En definitiva, se excluye del enjuiciamiento un delito de coacciones leves con carácter continuado **en concurso real** con los otros hechos delictivos que la acusación particular imputa al encausado sin perjuicio de que, respecto del delito de amenazas leves que ambas acusaciones imputan al encausado, en trámite de conclusiones definitivas, puedan mantenerlo o interesar alternativa o subsidiariamente un delito de coacciones leves en su modalidad continuada.

CUARTO.- Por último, y en lo que a la proposición de prueba se refiere, como se infiere de la lectura del artículo 786.2 Lcrim, uno de los momentos procesales hábiles para la proposición de la prueba en el Procedimiento Abreviado (y, por extensión jurisprudencial, también en el Sumario), se contrae a la fase de cuestiones previas al inicio del juicio oral, ex art. 786.2 Lcrim.

En este orden de ideas, la acusación pública y defensa no propusieron prueba alguna. Fue la acusación particular quien aportó diversa documental e interesó la declaración "*testifical-pericial*" (sic) de dos psicólogas, Sras. Estrella y Consuelo que estarían asistiendo psicológicamente a madre e hija, respectivamente.

Dado traslado al resto de las partes, la Sala decidió, y ahora ratifica, lo siguiente.

La solución a la cuestión pasa por citar el art. 786.2 Lcrim, cuyo tenor literal reza:

El artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que "*el Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan **para practicarse en el acto** (¿)*" .

Así las cosas, el Tribunal nada objetó respecto de la admisión de la documental que en ese momento se aportaba (docs. 1 a 4), sin perjuicio, eso sí, de su valoración como prueba en el momento procesal oportuno, pues, no debemos olvidar que en esta sede solo abordamos el filtro de admisibilidad de la prueba no de valoración probatoria.

Ahora bien, la Sala sí rechazó la documental cuya hipotética aportación se difería a un momento ulterior que, además, se desconocía (y así se anunciaba en el doc. 2 que se aportó). Esto es, en esencia, se rechazó por ser prueba que "no podía practicarse en el acto", ex art. 786.2 Lcrim, esto es, que no estaba a disposición del Tribunal en ese momento preclusivo para ser incorporada como tal (vid. también art. 785.1, párrafo 2) ni, como hemos señalado, tampoco se conocía si iba a estarlo y, de estarlo, en qué momento iba a incorporarse (era un futuro). Es más, incluso admitiendo que en un momento posterior estuviera disponible para el Tribunal (por ejemplo, en el mejor de los casos, al inicio del día en que se reanuden las sesiones del juicio oral para continuar con la práctica de la prueba) resultaría claramente extemporánea su aportación y privaría al resto de las partes de un efectivo y sano uso del derecho y principio de contradicción, pues, esa aportación documental extemporánea cuyo contenido conocerían en ese momento el resto de las partes, les hurtaría, por ejemplo, de la facultad de proponer otras pruebas que la desvirtuase, pues, ya no sería momento para ello.

En cuanto a la proposición de la declaración como "*testigos-peritos*" (sic) de las psicólogas peticionadas solicitando a la Sala que procediera a su citación, por tanto, "*testigos*" que no estaban presentes en ese momento, que no habían sido traídas por la parte para ser oídas en el acto del plenario, en estricta aplicación del tantas veces citado, art. 786.2 Lcrim, la solución hubiera pasado por el mismo rechazo que hacíamos respecto de la anterior documental analizada, ya que no sería admisible al no ser prueba "*para practicarse en el acto*" como establece el art. 786.2 LECr., sino requiriendo la suspensión del juicio.

Ahora bien, no puede obviarse el dato de que este caso ha tenido la particularidad de haber señalado un concreto día para dar inicio al juicio oral, leer los escritos de acusación y defensa y abrir el turno de



intervenciones que nos ocupa posponiendo la continuación del plenario a otro día pendiente de señalamiento. Así las cosas, partiendo de la base de que el art.786.2 Lcrim cuando exige que las pruebas "se propongan para practicarse en el acto", responde, sin duda, a evitar maniobras dilatorias del proceso, en este caso, claro está que, debido a aquella particularidad, no se va a generar ninguna dilación, ergo, siendo congruentes con el derecho constitucional a la prueba, la Sala admitió referida prueba siempre y cuando el día señalado para la continuación de las sesiones del juicio oral los testigos estuvieran a disposición del Tribunal.

Es más, será el Tribunal quien proceda, finalmente, a la citación de las personas interesadas para que el día que se retomen las sesiones del plenario comparezcan ante este Tribunal y puedan ser oídas. Cierto es que, en lo que a la citación se refiere, la Sala anticipó "in voce" que fuera la parte quien se preocupase de traer a las testigos que ahora propone sin recabar, por tanto, el auxilio judicial. Ahora bien, consultada la agenda de señalamientos, y barruntando que la reanudación de las sesiones plenarias se producirá a un mes vista, por tanto, considerando que existe tiempo suficiente para cursar tales citaciones judiciales sin que ello suponga dilación de la causa ni trastorno a la oficina judicial, así como, vaticinado, en este caso, la escasa (por ni decir nula) capacidad persuasiva que pueda tener la parte para hacer comparecer a las dos testigos que propone, sin olvidar que el resto de las partes no se opusieron a la declaración de referidas testigos en los términos interesados por la parte proponente y que, una de ellas, la Sra. Consuelo, vendría a sustituir a la Sra. Brigida cuya testifical, y citación judicial, se admitió por auto de fecha 14 de diciembre de 2018, será, finalmente, el Tribunal quien, como decíamos, ha (re)considerado su citación judicial, quedando sobradamente garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Por lo demás, mentadas psicólogas, como hemos señalado, declararán como "testigos" ya que, en puridad, habrán tratado eventualmente a la menor o progenitora con un conocimiento extraprocesal del asunto y ello sin perjuicio de que puedan ser preguntadas sobre extremos relacionados con sus conocimientos científicos o técnicos por razón de profesión lo que le acerca a la figura del "testigo experto" o "testigo-perito" no contemplada en el derecho penal a diferencia del derecho civil (art. 370.4 LEC).

Por último, simplemente ratificar en esta resolución la renuncia anunciada por la acusación particular de la testifical en la persona de la aludida psicóloga Sra. Brigida, a la que no se opone el resto de las partes. Huelga mayor motivación.

Por todo cuanto antecede,

LA SALA DISPONE

- 1.- La continuación del juicio oral por los cauces del procedimiento abreviado excluyendo del enjuiciamiento el hecho indebidamente introducido por la acusación particular en su escrito de acusación provisional relativo al acceso carnal por vía anal.
- 2.- Asimismo, se excluye del enjuiciamiento un delito de coacciones leves con carácter continuado en concurso real con los otros hechos delictivos que la acusación particular imputa al encausado.
- 3.- Se admite la prueba documental aportada por la acusación particular al inicio de las sesiones del juicio oral, a excepción de aquella cuya aportación difería a un momento ulterior.
- 4.- Se admite la declaración testifical de las psicólogas, Sras. Estrella y Consuelo, a cuya citación se procederá judicialmente en el domicilio facilitado por la parte proponente.
- 5.- Se tiene por renunciada la testifical de la psicóloga Sra. Brigida admitida por auto de fecha 14 de diciembre de 2018.

Contra este auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso contra la sentencia (¿)".

SEGUNDO. - CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO CONDENATORIO.

Los hechos declarados probados en el relato histórico son constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 16 años con carácter continuado previsto en el art. 183.1 CP que reza:

"1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años".

El tipo penal referido a los abusos sexuales a menores de trece años (de 16 años tras la última reforma legislativa por LO 1/2015, de 30 de marzo), según la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (vid. por todas la reciente sentencia de fecha 19/12/2016) castigaba a quien realizara actos que atentasen contra la indemnidad sexual de un menor de trece años, donde no mediaba violencia o intimidación, pues en



ese caso se transmutaría en agresión sexual. El concepto de indemnidad sexual no viene definido en el Código de modo que la doctrina jurisprudencial, en su obligada configuración, lo concreta como el derecho de esos menores a no verse involucrados en un contexto sexual y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad (STS núm. 490/2015, de 15 de mayo).

En una congruente evolución, la reforma operada por LO 1/2015 igualmente castiga ahora como responsable de abuso sexual a un menor, al que realizare actos de carácter sexual, si bien, se eleva el límite de edad a 16 años que se matiza a su vez con la exclusión de los supuestos de libre consentimiento emitido por el menor, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

En definitiva, en la redacción vigente, el tipo viene referido a acciones sexuales con muy diversa pluralidad de manifestaciones donde la naturaleza sexual puede resultar inequívoca en supuestos como los de acceso carnal, que integran un supuesto agravado, pero que resulta más difícil de discernir en supuestos de simples tocamientos, pues si bien es cierto que nuestro Código Penal no exige que estos actos sexuales tengan cierta relevancia desde el punto de vista de bien jurídico protegido, como sucede en derecho comparado, la pena conminada de dos a seis años de prisión resulta indicativa de estar contemplando conductas de especial entidad. Así, la jurisprudencia en ocasiones ha estimado contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención del derecho penal, que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual, de modo que debía atenderse a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz, y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes (cifr. STS 832/2007, de 5 de octubre). En su consecuencia, los actos de inequívoco carácter sexual como tocamientos en la zona vaginal o pectoral, idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, integran la conducta de abuso sexual del art. 183.1 CP (STS núm. 490/2015, de 15 de mayo).

Por lo demás, la doctrina de la misma Sala Segunda (Sentencia de 22 de junio de 2016) ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción.

En tal sentido se pronuncia la STS 853/2014 de 10 de Diciembre , al decir que *"La jurisprudencia de esta Sala no exige en este tipo de delito la exigencia de un ánimo libidinoso o lúbrico como elemento del tipo penal y tampoco lo exige el tipo penal del art.183-1º C. Penal que pone el acento en el ataque a la indemnidad sexual de la víctima, cualquiera que fuera la intención o el móvil del agente que efectuase tal acción, y lo mismo puede decirse, en general, respecto de todos los delitos del Título VIII cuya rúbrica ya es de por sí muy significativa. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales"*.

Dicho más claramente, el móvil no forma parte del tipo penal, solo forma parte del tipo penal que la acción objetivamente analizada evidencie con claridad, y más allá de toda duda razonable, un ataque a la libertad e indemnidad sexual de la menor".

¿Qué debe entenderse por indemnidad sexual? La Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010 que introdujo el Capítulo II bis –relativo a los abusos sexuales a que hace a menores de trece años–, dentro del Título VIII apunta la idea de que por indemnidad sexual debe entenderse no solo el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual, sin un consentimiento válidamente expresado, sino también el riesgo que ello puede tener para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de la menor concernida. De ahí que los abusos o agresiones contra menores de trece años (ahora 16) generen un injusto de especial intensidad.

Pues bien, desde esta perspectiva, es claro que la acción del encausado, y así se deduce de las acciones realizadas y consignadas en el *"factum"*, constituyó un ataque continuado a la indemnidad sexual de la menor, de manera objetiva y con independencia del móvil que animara esta acción que, no obstante, fue con actos de indudable contenido sexual.

TERCERO. - VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA LLEGAR A TAL PRONUNCIAMIENTO CONDENATORIO.

La valoración de la prueba ha sido realizada por esta Sala conforme a lo dispuesto en el artículo 741 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; apreciando, según su conciencia y conforme a las reglas del criterio racional, las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, bajo los principios de oralidad, intermediación y contradicción, así como las razones y argumentos expuestos por las partes intervinientes en el presente proceso.

Como línea de principio, se hace preciso apuntar que en los procesos de reconstrucción fáctica que incumbe a los jueces, mediante la valoración de los medios de prueba producidos en el acto del juicio oral en condiciones constitucionales adecuadas, el objetivo pasa por el establecimiento de un modelo de correspondencia suficientemente aproximativa entre la verdad histórica y la verdad procesal. Dicho modelo de correspondencia, para que pueda servir como base de una sentencia de condena, debe ser el resultado de la aplicación



de reglas de racionalidad social, exteriorizables, justificables y justificadas. De ahí, que la suficiencia de la verdad procesal se funde no tanto en la regla de la certeza entendida como reproducción exacta, sino en la correspondencia aproximativa: esto es, que el hecho declarado probado se ajuste, desde la lógica de lo razonable, a la manera en que debió producirse el hecho histórico y, correlativamente, convierta a las otras hipótesis fácticas en liza, en manifiestamente improbables, reduciéndolas a un grado de mera posibilidad fenomenológica escasa o irrelevante.

Desde esta perspectiva, se ha de comenzar indicando que la Sala es consciente de las dificultades probatorias de los delitos contra la indemnidad sexual de los menores. Se trata de acciones de inequívoco significado lascivo que se ejecutan sobre menores cuyo silencio se ve facilitado por la falta de conciencia del sujeto pasivo acerca de su propia victimización o por la carencia de las habilidades necesarias para la comunicación que, en no pocas ocasiones, logra asegurar la impunidad. Por tanto, víctimas o testigos directos "sui generis" en absoluto equiparables a las víctimas adultas lo que nos debe llevar a ser especialmente sensibles y cautos a la hora de valorar su testimonio.

Y esto entronca con un valor superior que ha estado presente en la concienzuda, pero siempre distendida, deliberación de esta Sala, a saber, el interés superior del menor, art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, en relación con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio y el derecho fundamental a la tutela judicial de las víctimas ex art. 24.2 CE. Esta normativa ha trasladado a nuestra legislación positiva los criterios expresados en el CG 14 del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por lo que cualquier resolución que afecte a los intereses superiores de los menores debe proyectarse y ponderar en su motivación ese interés superior del menor para la resolución definitiva del asunto.

Estimamos de interés la reciente STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 284/2018 de 13 Jun. 2018, Rec. 10621/2017, que respecto de la valoración del interés superior del menor nos enseña:

" (¿) Al mismo tiempo, y manteniendo la convicción del Tribunal acerca de cómo ocurrieron los hechos, y moviéndonos en el terreno de la presunción de inocencia que se alega hay que situar dos parámetros concretos de referencia, que son:

1. El de la víctima, a través del superior interés del menor y
2. El del acusado, mediante la presunción de inocencia

No se trata en estos casos de que para tratar al primero se tenga que echar por tierra el segundo, sino que confluyen en igualdad de importancia tanto los derechos de las víctimas menores, como el del acusado al de presunción de inocencia.

Y en el primero hay que tener en cuenta las especiales características de la víctima menor que es más vulnerable que otras víctimas del delito. Y más en delitos contra la indemnidad sexual, ante hechos que ellos desconocen, que no saben su significado por su corta edad, y que cuando, como aquí ocurre, el delito lo comete una persona de su entorno todavía les cuesta mucho más denunciarlo por esos miedos o temores a que, encima, les puedan regañar, no creerles, y por ello guardan silencio que luego, como aquí ocurre, puede venirseles en contra por un mal entendido derecho a la presunción de inocencia, porque el interés del menor debe entenderse desde la posición del menor como testigo, pero un testigo que es víctima, y que lo es de un hecho tan grave para ellos como el ataque a la indemnidad sexual.

Por ello, en los casos de abusos sexuales a menores debe tenerse y tomarse en consideración el interés superior del menor del art. 3 de la Convención de Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, según redacción dada por Ley Orgánica 8/2015.

Así las cosas, la doctrina científica más autorizada en este tema de tratamiento de abusos sexuales a menores destaca que:

- a) El superior interés del menor primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo valorarse en relación con él aquellos intereses y los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados (art. 2.1 y 4)
- b) Se ofrecen por el legislador los criterios generales de interpretación y los específicos para el caso concreto, teniendo en cuenta los elementos generales que determina (art. 2.2 y 3).

En el tratamiento de los delitos de abusos sexuales a menores existen dos derechos, como hemos expuesto: el de la víctima, a través del superior interés del menor y el del acusado, mediante la presunción de inocencia. Así, como apunta la mejor doctrina estos casos se deben analizar reconociendo el valor del testimonio de los menores, desde su aproximación criminológica integrante de las máximas de la experiencia, sin que el derecho



a la presunción de inocencia se erija como elemento neutralizador, sino como un derecho no contrapuesto al interés superior del menor.

Lo que aquí subyace, pues, es la discusión sobre las aportaciones externas al argumento con el que se justifica la conclusión probatoria centrado en la aceptación como creíbles de los testimonios de las menores frente a otros elementos probatorios que el recurrente alega de descargo. Pero el motivo cuestiona la aceptabilidad de lo que las menores manifestaron, pero el Tribunal consideró creíble lo que expusieron, y ello no supone vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sino que supone inmediatez, en primer lugar, pero, también, la tutela al interés superior del menor. Un interés que en casos similares se centra en la opción de su credibilidad con relación a cómo contó los hechos, valorando las dificultades que esta declaración para ellos conlleva, e incidiendo en que en algunos momentos hasta puedan existir ciertas contradicciones que vienen motivadas más por la crudeza de los hechos que han vivido y las dudas que en su cerebro existen cuando han querido olvidarlo en su fuero interno, pero que hechos posteriores repetitivos hacen que decidan contarlo a alguien, generalmente, incluso, a ajenos a su círculo familiar, dado que suele ser uno de quienes están en ese círculo el autor del hecho, y en su conciencia le hace dudar de que le crean, o de que se vayan a adoptar represalias, ya que, incluso, los autores de estos hechos suelen apercibirles de que no digan nada (¿)".

Por esto, interés del menor, pero sin desdeñar un ápice, y esta Sala lo tiene muy presente, otro derecho fundamental concurrente como es el de la presunción de inocencia del encausado que en el caso de autos, y como veremos a lo largo de la presente resolución, no puede erigirse como un muro infranqueable en detrimento de aquel superior interés del menor (y tutela judicial efectiva).

Así es, como no podría ser de otra manera, el Tribunal ha partido del derecho a la presunción de inocencia consagrado con rango de derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución, que implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley (art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ; art. 6.2 del convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Suponiendo que es preciso el desarrollo de una actividad probatoria de cargo cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente la presunción inicial, en cuanto permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

La prueba de cargo fundamental, tanto en lo que hace a los hechos, como a su atribución al encausado, está constituida por el testimonio en el acto del juicio oral de la menor Delia .

Como suele ser habitual en el ámbito de los delitos contra la libertad/indemnidad sexual, las notas de clandestinidad u ocultación, inherentes a buena parte de la actividad delictiva, están presentes con singular intensidad y como ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo " *nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculgado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad* ", sentencia n.º 104/02 de 29 de enero, 2035/02 de 4 de diciembre y 409/2004, de 24 de marzo .

En el relato de la pequeña con relación a los hechos enjuiciados, están presentes las pautas o criterios de valoración que la Jurisprudencia ha señalado para ponderar la declaración del testigo/víctima como prueba de cargo, y que son:

1.º) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés, o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Vaya por delante, en lo que atañe al testimonio de menores de edad, en línea de principio, todos los niños deben ser tratados como testigos capaces sometidos a examen y su testimonio no debe presumirse inválido o tratado con desconfianza por la sola razón de la edad, siempre que su desarrollo mental permita la observación de hechos y su transmisión inteligible a terceros.

La consideración como prueba de cargo del testimonio prestado por el impúber ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como por la del Tribunal Supremo (vid. STC nº 44/1989 de 20 de febrero y SSTS números 732/1997, de 19 de mayo, de 28 de octubre de 1992, de 16 de enero de 1991, y de 18 de septiembre de 1990) y ello aunque sea el único testigo (SSTS nº 379/1997, de 23 de marzo, 23 de mayo de 1996 y 23 de mayo de 1995). En principio, la circunstancia de que el testigo sea menor de edad en absoluto empece a que su testimonio constituya prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (STS nº 108/2005, de 31 enero) dado que en el proceso penal "*basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales*" que el menor puede perfectamente transmitir (STS nº 1600/2000, de 20 octubre).



En nuestro caso, la pequeña Delia , entre 8-9 años edad en el momento de los hechos, 9 años en el momento de su exploración (f. 149 y ss) ha presentado un desarrollo de su personalidad acorde con su capacidad cognitiva-léxica, sin que existan datos (ni siquiera se han insinuado) que nos hagan pensar que haya podido incurrir en fabulaciones o que su recuerdo haya podido verse inferido por conocimientos, emociones o influencias posteriores a los sucesos.

Tampoco apreciamos que algunas de las expresiones usadas por la menor durante su exploración como *"me intentó violar"* , *"me agarraba y forzaba"* , *"persona de confianza"* , refiriéndose al investigado, fueran inapropiadas para el contexto sociocultural en el que hoy en día puede desenvolverse una menor de precitada edad, enriqueciendo su vocabulario con ciertos términos, sin olvidar que si valoramos toda la exploración en su conjunto apreciamos también su desmañado vocabulario (v.gr., *"pito"* , *"me chupaba por donde hago pis"*) o sus déficits conceptuales como cuando explicó que *"violat"* significaba que *"una chica y un chico, desnudos, el chico le mete el pito a la chica"* , según le había contado una amiga y había visto en la televisión.

Dicho esto, por lo pronto, la buena relación entre la niña y el investigado (lógicamente, al margen, los hechos denunciados) no parece haberse negado. Ni siquiera el investigado lo ha hecho. Es más, ha dejado entrever una relación de cercanía con los niños. Ha admitido que éstos solían jugar en una sala pequeña del lugar de ritos. Que, en una ocasión, dio alguna propina a los hijos de Catalina (en concreto, dos euros) y que la asociación religiosa, a través de él, entregaba útiles escolares a los niños. La madre de la menor, Catalina , va más allá. Aseguró que el investigado, personalmente, si había comprado libros y calzado a su hija; que la relación de aquél con sus hijos era mayor que con la de otros niños, hijos de otros feligreses; y la propia Delia manifestó en su declaración que el pastor le hacía regalos y a su hermano también (una guitarra).

Igualmente cabe destacar la relación de la madre de Delia que era de profunda confianza con el investigado, como líder espiritual de la Iglesia Evangelista. Como indicó aquélla, desde que acudió a la iglesia con su hija (entre 2015-2016; dejando de asistir meses antes de diciembre de 2017), *"se caían bien"* , *"era el pastor con el que tenía confianza"* y la tenía hasta el punto de dejar *"a sus hijos a su cuidado mientras aprovecha para hacer compras los sábados"* , como día que tenía asignado en la comunidad religiosa para acometer labores de limpieza, una vez finalizada éstas. Añadió que solía hablar con el investigado a través del teléfono móvil e incluso que el Sr. Carlos Manuel acudía a su domicilio (de hecho, uno de los episodios relatados, sobre el que más tarde volveremos, se produjo en el mismo).

Con esto, y si sumamos máximas de experiencia que nos enseñan que los miembros de una colectividad religiosa forjan profundos lazos afectivos y espirituales, *"era una familia"* (apuntaló una de las feligresas que depusieron en el plenario, Doña Zulima), no es razonable pensar que a madre e hija les moviera un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, o enfrentamiento hacia el investigado.

Tampoco se aprecia, en ningún caso, que Doña Catalina haya podido influir en el testimonio incriminador de su hija o dirigirlo, como parece insinuar la defensa, pues:

- 1.- No se justifica de forma alguna por la concurrencia de algún motivo de resentimiento, enemistad, o cualquier animo espurio frente al encausado.
- 2.- Carece de sentido alguno influir en su hija menor para que impute unos hechos tan graves al *"pastor de la iglesia"* en el que encontró apoyo y cobijo espiritual.
- 3.- Resulta inexplicable la invención de unos hechos que ningún beneficio puede aportar a la niña o a su madre Catalina , al contrario, suponen abocar a su hija menor a pasar por el proceso traumático que implica la denuncia de unos hechos tan deplorables.
- 4.- El agente de la Erzaintza, número profesional, NUM007 , quien recogió la denuncia inicial, destacó ante la Sala que la niña, durante su discurso, iba matizando y dando detalles sobre hechos que la madre ignoraba hasta el punto de que Doña Catalina entró en un estado de ansiedad, lo que mal se aviene con una declaración guiada o previamente aleccionada. El agente policial manifestó que la madre no intervenía en el relato de la menor, al contrario, *"se iba enterando de detalles, iba atando cabos"*.

2.º) Persistencia en la incriminación : ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades, ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del encausado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad , STS 726/2010, de 22 de julio ; 672/2011, de 29 de junio y 1070/11 de 13 de octubre , por citar sólo algunas recientes.

La declaración de la niña se practicó a través de la reproducción plenaria de la exploración que se le realizó en sede de instrucción, de conformidad con lo prevenido en los artículos 433 , 448 , 707 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Así las cosas, contamos con la versión de los hechos desde que los reveló por vez primera a su madre, después, a los agentes actuantes, a la médico-forense que emitió informe ginecológico y recogió el relato de la menor (f. 71 a 73) y, por último, su declaración en sede de instrucción reproducida en el plenario.

Cierto es que se observa que los detalles se van sucediendo a medida que la niña va relatando lo ocurrido en las distintas "fases" citadas pero la verdad es que, desde el primer momento, verbalizó los diversos tocamientos a los que había sido sometida por parte del investigado.

Así se lo dijo a su madre quien, a pesar de las razonables dificultades para expresarse en castellano, manifestó que el día 4 de diciembre de 2017 (cuando su hija le contó lo que estaba ocurriendo) su hija, visiblemente nerviosa, le dijo que el investigado *"le tocaba la vagina y se la chupaba"* y que *"quería ver su culo"*; ocurriendo tales comportamientos en el salón (de ritos) una vez que el investigado mandaba a su hermano a la sala de juegos. La deponente también destacó que ese día tenía que irse a Madrid, estaba estupefacta, y al regreso, volvió a preguntar a su hija quien persistió en lo inicialmente relatado. Decidió denunciar los hechos.

En sede policial, la menor (y así lo ratificaron los agentes deponentes, especialmente, el NUM007) manifestó que *"el pastor le quería chupar por donde hacía pis "*, que *"le metía el pito en el culo por la parte de atrás"*, le *"bajaba los pantalones y braguitas "*; se sentaba con él en la taza del inodoro y el Pastor *"le tocaba con la mano por donde hacía pis ; o muy fuerte por la parte del culo"*, que le veía el pito al Pastor cuando se bajaba los pantalones y que no dijo nada porque era *"secreto"*; y porque si lo contaba el Pastor se enfadaba o que (ella) podría morir. Manifestó que, al menos, habría ocurrido *"hasta en siete ocasiones"* .

También se refirió al episodio de 4 diciembre señalando que el Pastor quería *"violarla"*; *"ver por dónde hacía pis"*; que el encausado le dijo que se sentara en sus rodillas, cogiéndole con fuerza por los brazos, *" me quería meter el pito en el culo "*.

Asimismo, la médico-forense, tal y como declaró en el plenario, manifestó que la menor fue quien le relató los hechos que se transcriben en su informe en el que efectivamente la niña habla de que el Pastor de la Iglesia, cuando su madre les dejaba a ella y a su hermano al cuidado de aquél, en varias ocasiones (7 veces), fue *"violada"*, se metía en el baño con el Pastor quien *"le metía su pito dentro del culo"*, le *"metía la mano por donde hace pis y se lo chupaba"*. También se refirió al episodio del mes de diciembre, relatando que el Pastor *"intentó violarla pero no pasó nada porque su madre llegó y el Pastor se puso nervioso"*.

En la exploración judicial, bajo presencia judicial, con contradicción real de las partes, con auxilio de la psicóloga forense, la pequeña ofreció un discurso, en líneas generales, sustancialmente coherente y comprensible, espontáneo (ella misma era la que lo iba relatando) sin que diera la sensación de estar ante un discurso aprendido empujando un lenguaje, como ya hemos referido, adecuado a la edad de la chica. En definitiva, su narración de los hechos, en lo que interesa, esto es, una vez depurado el relato fáctico de las acusaciones en los términos analizados en el trámite de cuestiones previas (descartando del enjuiciamiento un hipotético "acceso carnal") se presentó como carente de modificaciones, ambigüedades, contradicciones sustanciales, generalidades o vaguedades, manteniendo una conexión lógica tomando en consideración su edad.

Así, franca y expresiva, hizo referencia a que el Pastor le hacía regalos, que su madre le dejaba con él porque se iba de compras y él era una *"persona de confianza"*, y *"allí empezó todo lo que le hacía"*. Que *"fueron siete veces"*. Que entraba con ella al baño mientras su hermano se quedaba en la sala de juegos. Que el Pastor le decía que se bajara los pantalones y le *"metía el pito en el culo por detrás"* y *"le chupaba por donde hacía pis y en la oreja"*. Que el encausado le decía que se sentara en sus piernas. Preguntada con mayor detalle, indicó que los hechos ocurrían tanto en la sala de juegos como en el baño. Que el Pastor sacaba su *"pito, le vio el pito y luego le metía dentro de su culo"*; que en el baño le cogía de las caderas, *"le metía su mano por donde hacía pis, bueno le tocaba"*; también le chupaba *"por donde hacía pis"*, en el baño y en el salón de juegos cuando su hermano no estaba. Que unas veces ella estaba sentada, otras de pie; que *"fueron siete veces lo del pito en el culo y tres lo de la mano por donde hacía pis"*, a veces con ropa, otras sin ropa. Señaló que el Pastor le dijo que no contara nada a nadie, que era secreto, sino él se enfadaba o que (ella) podría morir. Que ella no le ha tocado a él.

Respecto del episodio de diciembre de 2017, dijo que el Pastor fue a su casa, su madre tenía que irse a Madrid y estaban esperando a una amiga de su madre que iba a cuidar de ella y de su hermano. Su madre se fue con su hermano al cuarto y el Pastor *"intentó violarla, le agarró y le forzó"*; le agarró de la cintura y ella dijo *"¡no, no, no, no, no!"*. Que su madre fue al salón y sospechó algo. En ese momento le contó lo que hasta ahora ha contado. El Pastor ya se había ido. Además, indicó que el Pastor ese día, después de que su madre su fuera a Madrid, le llamó para preguntar qué le había dicho su madre. También indicó que el encausado tanto a ella como a su hermano les hacía regalos (en concreto, a su hermano una guitarra) y que no tenía miedo de él.



Una observación, por si hubiera dudas. El hecho de que la pequeña a lo largo de sus diversas manifestaciones fuera matizando o detallando lo ocurrido, como se ha expuesto, a juicio de esta Sala, no enturbia la persistencia en la incriminación habida cuenta de que:

1.- De conformidad con las máximas de experiencia y en supuestos semejantes, es normal la existencia de ciertas discrepancias entre las primeras declaraciones de las víctimas menores de edad y las posteriores, ya que su relato no es lineal, sino que se va completando con el paso del tiempo y la intervención de distintos profesionales que posibilitan sondear en la realidad de lo acontecido.

2.- Porque la ausencia de detalles iniciales por parte de la víctima, en el caso concreto, era compatible con la circunstancia de que el encausado la había aleccionado para que no relatara los hechos (tal y como refirió la menor y refrendó la madre que le transmitió su hija) hasta el punto de que las acusaciones han considerado delictivo tal comportamiento y que más tarde analizaremos.

3.- A mayores, es comprensible que la niña, con la ingenuidad propia de su edad, sintiera vergüenza inicial de contar detalladamente lo ocurrido, no olvidemos que ella y su madre pertenecían y seguían asiduamente a la iglesia evangélica donde la colectividad se presentaba como una familia en la que sus miembros mantenían relaciones estrechas, sobre todo, con el Pastor, ese "hombre de confianza" al que se refería Delia .

3.º) Verosimilitud , es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, -- declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso--, sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular, o perjudicada civilmente en el procedimiento.

En definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho mediante datos que pueden ser muy diversos; aunque es preciso añadir que la cuestión de la concurrencia de hechos corroborantes deberán ponderarse adecuadamente en los delitos que no dejan (o pueden no dejar) huellas o vestigios materiales de su perpetración, como el que nos ocupa, pues el hecho de que, en ocasiones, el dato corroborante no pueda ser contrastado, no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en razón a las circunstancias concurrentes del hecho.

No obstante esto, creemos que la declaración de la víctima, en efecto, viene avalada por un conjunto de corroboraciones objetivas y de testimonios que, si bien no versan sobre el núcleo central de los hechos, sí confirman una serie de aspectos periféricos dotando de verosimilitud la declaración de la menor:

1.- Aunque el Sr. Carlos Manuel lo negó, es evidente que se quedaba a solas con la menor y su hermano. La madre de la niña declaró, sin ambages, que los sábados (muchos), día que tenía asignado para la limpieza del local religioso, al finalizar la labor, aprovechaba para hacer recados y dejaba sus hijos al cuidado de aquél. Él se lo decía: "vete tranquila, déjalos conmigo" , y así lo hacía, confiando plenamente en él: "los dejaba en buenas manos".

Lo anterior, además, es corroborado por el testimonio de Doña Zulima (feligresa de la iglesia evangélica) quien añadió que ella también dejó en alguna ocasión al cuidado del Pastor a su hijo de 11 años de edad. Confiaban en él: "¡Era el Pastor!", exclamó. Señaló que el Sr. Carlos Manuel les decía que los niños se podían quedar con él con total tranquilidad, en concreto, en una sala pequeña donde jugaban.

Por su parte, la Sra. Irene , otra seguidora espiritual del encausado, destacó el carácter "cariñoso" del precitado para con los niños.

2.- Contamos con los testimonios de referencia, ya aludidos, tanto de la madre de la menor como del agente policial que recogió la denuncia (el agente NUM007) y de la médico- forense que realizó la exploración ginecológica (f. 71 a 73) que vendrían a reforzar la fiabilidad y credibilidad (como corroboración periférica) de lo declarado por la (menor) víctima.

3.- Resulta sumamente revelador lo acontecido el 4 de diciembre de 2017 en el domicilio de la víctima que el Sr. Carlos Manuel , en esencia, niega en un intento exculpatario francamente banal.

Doña Catalina asegura que ese día, el Sr. Carlos Manuel , la llamó para acudir a su domicilio. El investigado lo reconoce, si bien, asegura que no lo hizo desde su número de teléfono sino desde otro, perteneciente al celular de un compañero de trabajo, pues él no tenía saldo en su móvil. La Sra. Catalina aseguró que lo hizo desde un número raro, quizá perteneciente a un locutorio. Y así es. De la documental aportada (f. 169) se desprende que ese día, a las 10.30 y 10.31 horas de la mañana, desde el número de teléfono NUM008 se hacen dos llamadas al número cuyo titular es Doña Catalina (número, NUM009). Aquél número pertenece al locutorio sito en la CALLE001 de la ciudad vitoriana (testifical del Sr. Rosendo , regente del locutorio y testifical del agente NUM010 en relación con los f. 156 y ss), por cierto, admitiendo el investigado que, en alguna ocasión ha podido ser usuario de tal establecimiento de llamadas, esto es, lo conocía.



Así las cosas, si Doña Catalina aseguró que ese día, por la mañana, desde un número raro la llamó el encausado, manteniendo un conversación con él, este último extremo reconocido por el encausado, la conclusión lógica que se infiere es que fue el Sr. Carlos Manuel quien haciendo uso de tal centro de llamadas, y no usando el móvil de un compañero de trabajo como manifestó a la Sala, realizó esa llamada.

Fruto de esa llamada es que el Sr. Carlos Manuel , efectivamente, acudió al domicilio de Doña Catalina , a la tarde, sobre las 18.30 horas, en el que también se encontraban sus hijos. Y esto lo reconoce el investigado. A partir de ahí, niega lo relatado por la menor y su madre.

La madre de la menor señaló que la tarde de la visita tenía prisa, le apremiaba un viaje a Madrid por un tema relacionado con su pasaporte. Estando el Sr. Carlos Manuel en el domicilio, en un momento dado, ella junto a su hijo, al que iba a vestir, se ausentan del salón de la vivienda quedándose solos la menor junto al investigado. Seguidamente, escucha un grito de su hija procedente de la citada dependencia, "*¡no, no, no!*", por lo que decide acudir encontrándose a su hija zafándose (como así escenificó) del investigado y ostensiblemente nerviosa. El Sr. Carlos Manuel , al que también percibió nervioso, le manifestó que ya se iba y así hizo. En ese momento es cuando la menor le cuenta que el Pastor le tocaba la vagina, se la chupaba y que le quería ver su culo.

A continuación, Doña Catalina manifestó que vuelve a recibir una llamada del citado número gestionado por el locutorio (folio 169 y testifical del agente policial NUM010). Es el Sr. Carlos Manuel diciéndole que tiene que regresar a su casa pues cree que se había dejado la cartera y, de paso, le propuso acercarla a la estación de autobuses. Y así hace. Él la espera en el coche. Durante el trayecto, sigue relatando Catalina , él permaneció callado, no comentaron nada de lo que supuestamente había pasado con la menor.

Pero todavía quedaba una llamada por realizar. El Sr. Carlos Manuel una vez deja a Doña Catalina en la estación de autobuses, y embargado por la preocupación de que la menor pudiera destapar lo hasta entonces sufrido, decide acudir nuevamente al locutorio y llamar al teléfono NUM011 (f. 169), número de teléfono que usaba la niña y que tenía el encausado (como así manifestó Catalina) interesándose por lo que le había preguntado su madre, como así declaró Delia , esa tarde en que aquélla les sorprendió de la forma relatada.

Por la defensa se cuestiona, por un lado, que es materialmente imposible, no hay tiempo, que el encausado, desde el locutorio efectuara esas llamadas y esos itinerarios descritos. No es cierto. La Sala, concedora de la ubicación tanto del domicilio de la menor (CALLE000), como de la estación de autobuses vitoriana y de la dirección del locutorio desde el que se realizaron las llamadas (CALLE001), no comparte tal aseveración de la defensa. Es más, comprobados los trayectos en coche haciendo uso de la popular (y fiable) aplicación "*Google maps*" poniéndolos en relación con las llamadas efectuadas, los tiempos encajan perfectamente. Así, la llamada que el Sr. Carlos Manuel realiza desde el locutorio a Doña Catalina para decirle que creía que se había olvidado la cartera se hace a las 19.06 horas (f. 169). Desde el local de llamadas (CALLE001) al domicilio de la menor (CALLE000), en coche, condiciones normales de tráfico, son unos 12 minutos que sumados a las 19.06 horas llegaríamos a las 19.18 horas. Doña Catalina manifestó que el investigado la esperó abajo en el coche y se fueron para la estación de autobuses que desde la CALLE000 (domicilio de la pequeña), son 7 minutos más, esto es, 19.25 horas. Pues bien, una vez que deja a la madre de la menor en la estación de autobuses, el investigado desde ese lugar al locutorio de la CALLE001 tiene 9 minutos andando (19.34 horas) o 5 minutos en coche (19.30 horas). La llamada a la menor desde el locutorio en la que el investigado le inquirió a fin de que le dijera qué le había dicho su madre, se realizó a las 19.37 horas (f. 169). Es evidente que la "*imposibilidad*" alegada por la defensa del encausado se desvanece.

También la dirección letrada del Sr. Carlos Manuel , en un loable esfuerzo defensivo, manifestó su extrañeza por el hecho de que la madre de la menor, sabedora aquel día de diciembre de que el encausado ya había tenido problemas con la justicia por hechos similares a los hoy enjuiciados, recibiera en su domicilio a aquél y, no sólo eso, sino que le dejara a solas con la menor en el salón de la vivienda mientras se ocupaba de ataviar a su otro hijo. Ciertamente, Doña Zulima manifestó que antes del mes de diciembre, "*quizá por octubre*", comentó a la madre de Delia que existían acusaciones que recaían sobre el encausado por abusos a otros niños. Dicho esto, a la Sala no le resulta extraño, ni mucho menos reprochable a la madre de la niña que actuara de la manera descrita por la defensa. En aquel tiempo es fácil pensar que aquello era un "*rumor*", esto es, una especulación transmitida de persona a persona sin que existieran datos para comprobar su veracidad, máxime, en un caso como el presente en el que, como dijo Doña Catalina , no podía creerse que el Pastor de la Iglesia (su referente moral) pudiese cometer tales actos. En esa creencia no hay nada de extraño en que Doña Catalina aceptase la visita del Sr. Carlos Manuel y que, por solo unos instantes, ante la necesidad de hacerse cargo del otro hijo, dejase a la niña a solas con él. Desde luego, lo que sí es lógico y razonable es la reacción de Catalina una vez su hija el 4 de diciembre de 2017 comienza a relatar lo que el investigado le había estado haciendo. Primero, entra en un estado de absoluta conmoción y confusión aceptando incluso en ese momento que el Pastor le acercara a la estación de autobuses para irse a Madrid. Segundo, de camino a la ciudad castiza, comienza a



alterarse y a sentirse culpable. Así lo manifestó Catalina y así lo ratifica Doña Zulima quien dijo que recibió una llamada de aquélla, que estaba "como loca", diciendo que "el Pastor toca a mi niña".

4.- Por último, la declaración del encausado no disuade nuestra convicción.

Como hemos venido demostrando a lo largo de la resolución, el encausado no ha dicho la verdad en muchos extremos de su declaración. Y no sólo en aquellos que penalmente le comprometían (tocamientos a la menor) sino también en otros accesorios como el hecho de que se quedaba a solas con los niños, en concreto, con Delia o que los tránsitos de llamadas del famoso día de diciembre de 2017 ocurrieron realmente como explicó la madre de la pequeña y ésta.

Vaya por delante, faltaría más, que el encausado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Lo que queremos decir es que, en un caso como el presente, en el que ha existido prueba de cargo indiciaria de su culpabilidad, suficiente en sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, la escasa verosimilitud de sus afirmaciones no permite tomarlas en consideración como una explicación alternativa y razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de la prueba de cargo y lleve a la Sala a plantearse dudas razonables en orden a llegar a un pronunciamiento absolutorio.

En sentencia del TS núm. 679/13, de 25 de julio, ya se dice que "El mero hecho de que el acusado incurra en contradicciones o mentiras en sus declaraciones, no constituye prueba de cargo de la realización del delito...

Esta valoración de las declaraciones de los acusados viene justificada por la necesidad, para respetar en profundidad el principio de presunción de inocencia, de valorar las explicaciones o versiones alternativas que proporciona la defensa, con el fin de constatar si su verosimilitud y razonabilidad desvirtúan la eficacia probatoria de las pruebas de cargo".

En este sentido ha de interpretarse la Sentencia del TEDH de 8 de febrero de 1996 (caso Murria contra el Reino Unido) que establece que el silencio no puede ser considerado en el mismo como un indicio de culpabilidad, y solo cuando los cargos de la acusación -corroborados por una sólida base probatoria- estén suficientemente acreditados, el Tribunal puede valorar la actitud silenciosa del acusado, señalando que "El Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste opte por guardar silencio. Es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación, que el acusado debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible..."

Es decir que el silencio, la falta de credibilidad o la demostración de la falsedad de las manifestaciones exculpatorias del acusado, nunca pueden constituir pruebas de cargo. Solo pueden tomarse en consideración cuando exista prueba de cargo de su culpabilidad, suficiente en sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, para constatar que la ausencia, la escasa verosimilitud, o la manifiesta falsedad de sus afirmaciones, no permite tomarlas en consideración como una explicación alternativa y razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de la prueba de cargo.

Por lo demás, la exploración ginecológica realizada por la médico-forense (f. 71 a 73) poco puede aportar. Estaba "dentro de la normalidad" como no podría ser de otra manera no sólo por la naturaleza de los hechos denunciados, en los que no se han evidenciado penetraciones, sino también por el tiempo transcurrido desde la data de los hechos (de hecho, no se recogieron muestras), por lo que, en el hipotético caso de que hubiera existido algún tipo de lesión, dado el tiempo transcurrido, habrían podido curar sin dejar ningún signo externo.

Así las cosas, en conclusión, debemos considerar que ha quedado probado que el encausado realizó actos de inequívoco carácter sexual sobre una menor de 16 años, son idóneos para menoscabar su indemnidad sexual, de forma continuada además, dado que se produjeron varios episodios (da igual que fueran exactamente siete, por un lado, o tres, por otro, como refirió la menor), en forma de tocamientos, besos o lametones en su zona vaginal, o de frotamientos con el pene en su zona anal, en ocasiones cubierta con ropa íntima, en otras no.

Lo anterior sustenta la base fáctica del tipo previsto en el artículo 183.1 del CP y, como decíamos, el comportamiento se desarrolló de forma continuada en el tiempo, integrando un "continuum" criminal la totalidad de las acciones, todas las cuales se proyectan sobre la misma víctima y atacan el mismo bien tutelado por la ley, por lo que el delito cometido debe sancionarse de forma continuada, ex. art. 74. del CP.

CUARTO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS POR LAS ACUSACIONES OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO ABSOLUTORIO. DELITO DE AMENAZAS. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Las acusaciones interesan que el encausado, además, debe resultar condenado por un delito continuado de amenazas, ex art. 169 en relación con el art. 74, ambos del CP, pues la menor se mantuvo silente, con su



libertad coartada por la presión ejercida por el Sr. Carlos Manuel con el propósito de que no dijera nada y así evitar ser descubierto.

Como es sabido (entre otras, STS. 1253/2005 de 26.10), el delito de amenazas se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo (STS. 593/2003 de 16.4).

Son sus caracteres generales:

- 1) El bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida.
- 2) Es un delito de simple actividad de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo.
- 3) El contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados; anuncio de un mal que ha de ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable.
- 4) El mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produce la natural intimidación en el amenazado (STS. 268/99).
- 5) Este delito es inminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza.
- 6) El dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin o animo intimidatorio evidente contra la víctima (ATS. 1880/2003 de 14.11).

En este caso, el Tribunal tiene serias dudas respecto de la existencia de esas supuestas "amenazas" que se imputan al investigado.

Y es que, no ha quedado debidamente acreditado, no se ha identificado debidamente, el anuncio de un mal que, según la citada jurisprudencia, ha de ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable. Desde luego, no lo es, decir a la menor, aprovechando su ingenuidad y desde un prisma de autoridad o confianza moral como persona adulta y Pastor de la congregación religiosa, que *"no dijera nada a nadie, que era un secreto"* , o, que *"si decía algo, podría enfadarse (el encausado) , o que podría morir (la menor) "* , como refirió la niña en su exploración, expresión esta última (*"¿podría morir"*) , en todo caso, ambigua y ambivalente que no permite entender de forma concluyente que el encausado estuviese amenazando con la comisión de uno de los delitos relacionados en el art. 169, máxime si esas expresiones se vierten en contextos comunicativos mucho más duraderos y amplios. La propia menor, en el ocaso de su declaración, manifestó no sentir miedo del Pastor.

Esto es, una correcta ponderación del testimonio de la menor sobre el tema controvertido exige tomar en consideración que, realmente, las expresiones vertidas por el encausado no buscaban tanto atemorizar o intimidar a la menor privándola de su tranquilidad y sosiego, sino asegurar la impunidad delictiva, evitar el descubrimiento de los hechos y reforzar el convencimiento de la menor de mantenerse silente. Un convencimiento que ya, de por sí, suelen tener los menores por no ser capaces de asimilar por su corta edad lo que les está ocurriendo o que cuando, como aquí ocurre, el delito lo comete una persona de su entorno, todavía les cuesta mucho más denunciarlo por miedos o temores a que, encima, les puedan regañar, o enfadarse con ellos, o no creerles.

Así las cosas, cuestionamos la realidad típica de las "amenazas", por ello, el encausado debe ser absuelto por el delito tratado del que es acusado sin perjuicio de que, eso sí, tales elementos puedan tenerse en consideración para argumentar una de las circunstancias agravantes que las acusaciones solicitan y que trataremos seguidamente.

QUINTO.- AUTORÍA

Del delito de abusos sexuales a menor de 16 años es responsable criminalmente en concepto de autor el encausado Sr. Cesareo por haber realizado material, directa y voluntariamente los hechos que lo integran (art. 27 y 28 del C.P .).

SEXTO.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL .

Concurre en el condenado la agravante de reincidencia del art. 22.8 CP en relación con el delito de abusos sexuales con menor de edad, al haber sido condenado previamente por dos delitos de las mismas



características (f. 77 y ss; f. 90 y ss), comprendidos en el mismo Título que el que es objeto de condena en el presente caso.

Asimismo, las acusaciones postulan la aplicación de la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.1^a. 6º del Código Penal, "obrar con abuso de confianza".

La STS 556/2017, de 22 de febrero, nos enseña que "(¿) la situación de especial confianza favoreció la comisión del delito y su no descubrimiento, lo que facilitó los planes del acusado para acudir a lugares y en momentos propicios para mantener las relaciones sexuales, sin que nadie pudiera sospecharlo.

Por otro lado, amén del favorecimiento en la comisión del delito la situación aprovechada constituía un quebrantamiento del deber especial de fidelidad, con el consiguiente plus de antijuricidad.

La doctrina de esta Sala ha tenido ocasión de señalar la "ratio agravatoria" de la circunstancia y sus contornos conceptuales. La Sala segunda basa la agravante "en la preexistencia de una relación especial subjetiva y anímica entre ofensor y víctima, motivada por cualquier situación capaz de crear entre ambos esa confianza o lealtad que elimina o inhibe toda sospecha o desconfianza, y que el agresor aprovecha para facilitar su actividad delictiva (¿)".

Por su parte, la STS de fecha 17 de Mayo de 2.018 establece " Así pues, al no aplicarse ningún subtipo agravado que pudiera generar un bis in ídem como obstáculo para apreciar la agravante de abuso de confianza, es claro que aquí sí opera ésta como un añadido de antijurídica que justifica la aplicación del art. 22.6^a del C. Penal . La respuesta en el caso debe ser estimatoria, por cuanto las estrechas relaciones con la familia de la víctima determinaron una relación de confianza de la víctima con el acusado, que aprovechó tal circunstancia para cometer el delito mientras que la madre de la menor estaba distraída en una dependencia diferente del inmueble observando unas fotos en compañía de la esposa del acusado.

Se estima, pues, este submotivo del recurso y se aplica por tanto al caso la agravante de abuso de confianza (¿)".

O la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 2.004, entre otras muchas, requiere para su aplicación de los siguientes dos elementos:

"(¿) 1º. Una especial relación entre el sujeto activo y el pasivo del delito de que se trate, por razones profesionales, laborales, de dependencia o servicio, familiares, de comunidad de intereses o de vida, amistad, compañerismo, que originan un específico deber de lealtad entre ambos sujetos.

2º. Un aprovechamiento de esa particular relación que permite una mayor facilidad para la comisión del delito de que se trate con la consiguiente infracción de ese deber de lealtad (¿)".

Es decir, la referida agravante reprocha la mayor gravedad de un hecho delictivo en la medida en que la víctima se encuentra más desprotegida frente a un agresor con el que media una relación de confianza. La citada circunstancia presenta un doble fundamento: un reproche por el abuso de una relación especial y una mayor facilidad en la ejecución del hecho por la desprotección del perjudicado, precisamente, por la confianza existente. El autor debe aprovecharse de forma consciente de esa relación confiada para ejecutar el hecho con mayor facilidad, o para procurar su impunidad o, por último, aumentar la indefensión del perjudicado.

De conformidad con lo expuesto debe apreciarse en el caso de autos la agravante analizada.

No puede olvidarse que los hechos tuvieron lugar en las ocasiones en que la menor era confiada al encausado con ocasión de la pacífica, cordial y familiar relación generada entre éste y la progenitora de la víctima en el seno de la congregación religiosa de la que aquél era su líder espiritual lo que reforzaba la sensación de seguridad radical que confiere la confianza. Gráfica fue la expresión de la madre de la menor refiriéndose al investigado, "era el Pastor de la Iglesia (líder espiritual), persona en la que confiar" hasta el punto de dejar "a sus hijos a su cuidado mientras aprovecha para hacer compras los sábados". Él se lo decía: "vete tranquila, déjalos conmigo", y así lo hacía, confiando plenamente en él: "los dejaba en buenas manos", manifestó Catalina .

Así, el encausado hacía uso de idénticas oportunidades durante periodos prolongados en compañía de la niña que quedaba a merced de los deseos del Sr. Carlos Manuel con el que también ganó una relación de confianza, complicidad y confidencialidad, pues, "le hacía regalos" (como reconocieron madre y menor), compartía con ella un "secreto" que no tenía que desvelar a riesgo de enfadar al Pastor, esa persona en la que también la niña confiaba, si quiera por la percepción que le transmitía su madre como "hombre de confianza", facilitando todo ello la comisión de los hechos resultando innecesario el empleo de cualquier coacción o intimidación sobre la niña para satisfacer sus deseos sexuales con ella.

SÉPTIMO.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

En orden a la graduación de la pena, en cuanto al delito de abusos sexuales, será de aplicación lo prevenido en el artículo 183. 1 del Código Penal, y con aplicación del delito continuado del artículo 74 del mismo texto



legal , de modo que sobre la pena base de dos a seis años, deberá aplicarse la mitad superior por la aplicación de la continuidad delictiva, de cuatro a seis años, y dentro de la pena así acotada la mitad superior por razón de la concurrencia de las circunstancias agravantes que hemos apreciado, ex art. 66.1.3 Cp , por lo que la horquilla penológica quedará entre cinco a seis años, estimando la Sala dentro del rango así definido que la pena a imponer será la mínima legal de **5 años** , sin que encontremos poderosos argumentos, que las acusaciones tampoco han facilitado, que nos permitan elevar aún más la pena aparte de los que ya han servido para exasperarla por ministerio de la ley (continuidad, reincidencia y abuso de confianza) considerando que los hechos, dentro de su carácter deleznable, no han sido especialmente graves. Huelga mayor motivación.

En cuanto a las penas accesorias, se imponen:

1.- Ex art. 56.1, en relación con el art. 79, Cp , al encausado se le impondrá la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de prisión que hemos establecido.

2.- Ex art. 57, en relación con los arts. 48 y 33.2.b), Cp , se le impondrá la pena accesoria de siete años (en total) de prohibición de aproximarse a menos de doscientos metros de la persona de la víctima en cualquier lugar donde se encuentre, de su domicilio, de su centro escolar y de cualquier otro lugar que frecuente, así como la pena accesoria de siete años (en total) de prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

Decimos "*siete años de duración total*" de cada una de estas dos prohibiciones pues están dentro de la extensión de entre uno y diez más de los cinco años de prisión impuesta al tratarse de un delito de los denominados graves (art. 33.3 b). Así, en puridad legal (art. 57.1 CP), **son dos años más que la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia (de ahí, 7 años en total)**. Pena de prisión y prohibiciones antes citadas que se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

3.- Por último, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192.1º "*A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor*".

Así las cosas, dado la consideración de delito grave, puesto que en abstracto, lleva asociada pena superior a cinco años de prisión, procede la imposición imperativa de la libertad vigilada de siete años de duración en clara proporción con la naturaleza y gravedad de los hechos, así como con la pena de prisión finalmente impuesta al reincidente Sr. Carlos Manuel .

OCTAVO.- RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO.

En sede de responsabilidad civil ex artículos 109 , 110 y 116 y concordantes del CP , por el Ministerio se ha petitionado que el encausado debe indemnizar a la menor en la cantidad de 3.000 euros.

Por su parte, la acusación particular solicita que el encausado deberá indemnizar a la menor en la cantidad de 15.000 euros y a su madre Catalina en la cantidad de 6.000 euros.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 116 y 109 del Código penal en relación con el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil todo responsable penal lo es también civil, respondiendo directamente en su lugar (o subsidiariamente con él las personas mencionadas en los artículos 120 y 121 del Código penal), por lo que procede, en el presente caso, condenar al Sr. Carlos Manuel a que indemnice a Delia , a través de sus legales representantes, en la cantidad de 4.000 euros por el daño moral sufrido, más los intereses determinados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Esto es, nos parece razonable la cantidad propuesta por el Ministerio Público ligeramente elevada.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19-12-2016, rec. 1137/2016 , dice que "*en las SSTS 489/2014 de 10 de junio , y la 231/2015, de 22 de abril, recordábamos que la jurisprudencia de la Sala Primera entiende de aplicación la doctrina in re ipsa loquitur, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente"; es decir, "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", acogida en numerosas resoluciones (SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000 , 1 de abril de 2002 , 22 de junio de 2006 , 12 de junio de 2007, etc.); así como que esta Sala Segunda , en argumentación paralela, entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatar un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad (SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo ; núm. 105/2005, de 29 de enero) . El daño moral, en caso*



como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. En su consecuencia, como indica la STS 702/2013 de esta Sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS 744/1998, de 18 de septiembre); siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad (STS 1490/2005, de 12 de diciembre) como aquí sin duda objetivamente producido, con independencia del modo en que esta afectación hubiera sido apreciada por las menores, en tan crítica edad cuando los hechos acontecen".

En base a lo antedicho, y con independencia de que la psicóloga actual de la menor (Sra. Consuelo) manifestara que tan sólo llevaba 5 o 6 sesiones con la niña en las que todavía no había abordado el problema a la espera de generar con ella una relación distendida y de confianza que permita, posteriormente, un adecuado abordaje del asunto tratado, se deben dar por acreditados los daños morales dado el evidente menoscabo de la dignidad de la víctima derivado de la gravedad y reiteración de los hechos de los que fue objeto, sin que sea necesario que el daño moral se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psíquicas y con independencia de la subjetiva apreciación de los hechos padecidos por la niña que, al tiempo de los hechos, contaba entre 8-9 años de edad y sin que tampoco sea descartable (como manifestó la médico-forense y la precitada psicóloga Doña Consuelo) que la menor pueda precisar en un futuro algún tipo de terapia psicológica para la completa superación de estos hechos.

Por todo esto, entendemos que la reparación postulada por la acusación pública ligeramente incrementada (abono de la cantidad de 4.000 euros) satisface las exigencias de la justicia indemnizatoria.

Pero como hemos apuntado, la acusación particular, además, interesa que el Sr. Carlos Manuel sea condenado a indemnizar a la madre de la menor en 6.000 euros.

Debe rechazarse.

Sin que haya duda de que la madre de la menor (como cualquier otra madre) se viera muy afectada por lo sucedido no consideramos oportuno establecer indemnización alguna a su favor, más allá de la fijada a favor de su hija, sin que se haya acreditado un particular daño ocasionado a aquélla consecuencia de los hechos aparte de ese consustancial sufrimiento y pesar. Nótese que la Sra. Estrella (facultativa que atendió a la madre) manifestó que sólo trató en tres ocasiones a Catalina; de manera superficial; y que, más allá de un lógico DIRECCION002, no encontró base patológica mayor hallando en la paciente múltiples factores estresantes aparte del concerniente a lo ocurrido a su hija. Concluyó afirmando que sus valoraciones "eran meramente especulativas".

Dicho esto, quedaría un interrogante. Esto es, ¿podríamos reconocer una indemnización, aunque fuera por perjuicios morales, interesada en su propio nombre por la madre del sujeto pasivo del delito?

El artículo 113 C.P. dice: "la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los que se hubieren causado al agraviado, sino también se hubieran irrogado a sus familiares o a un tercero."

Los perjuicios materiales no conllevan mayor cuestión siempre y cuando, establecida la relación de causalidad con el hecho ilícito, se justifiquen y cuantifiquen, lo que hemos visto no se ha hecho, pues su expresión material consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por el agraviado, sus familiares o terceros en su propio patrimonio.

Mayores problemas plantea el resarcimiento de los perjuicios morales, no solo por su cualidad materialmente inaprensible, aunque cuantificable conforme a la norma cultural vigente y la norma social (incluso por disposición legal), sino, principalmente, por la delimitación subjetiva de sus potenciales titulares dentro de los ámbitos personales referidos.

La aplicación práctica de esta cuestión se ha planteado fundamentalmente en relación con los delitos contra la vida debiendo partirse de la imposibilidad de que el extinto pueda hacer efectiva su indemnización, así como, tampoco transmitirla a sus herederos pues el derecho nace posteriormente al fallecimiento, por lo que los perjudicados por el delito, donde deben comprenderse familiares y terceros, siendo los primeros una especie de los segundos, resultarán acreedores de una indemnización por perjuicios morales, pues en rigor no es posible resarcir el daño ocasionado por la muerte del fallecido en sí mismo y no sería justo liberar al deudor de su responsabilidad civil por el hecho del fallecimiento.

Sin embargo, cuando son otros los bienes jurídicos afectados o lesionados por el delito, es el padecimiento del agraviado en sí mismo lo que constituye el objeto de la indemnización, es decir, el perjuicio moral lo constituye el propio del sujeto pasivo de la infracción. Precisamente por ello la regla general en este caso consiste en entender agotada la responsabilidad civil por este concepto en la satisfacción indemnizatoria de la víctima. Por otra parte, este resarcimiento también debe considerarse que irradia y compensa a las personas que



constituyen su círculo familiar o afectivo inmediato partiendo de la base de la existencia de un vínculo de solidaridad familiar, y esta perspectiva incluso puede constituir un factor relevante para determinar el quantum indemnizatorio que, en el caso, hemos fijado proporcional en la cantidad de 4.000 euros (ligeramente superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal).

Es cierto que el adverbio "también" empleado por el legislador prevé la indemnización en favor de los familiares o terceros además de la correspondiente al propio agraviado, pero ello no significa que en todo los supuestos, tanto desde el punto de vista del objeto como de los titulares de la misma, deba producirse dicha concurrencia, siendo compatible por ello también con el Texto legal el alcance de éste delimitado más arriba, pues de seguirse un criterio extensivo los límites subjetivos de la indemnización resultarían prácticamente inalcanzables (vid. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1574/2000 de 17 Oct. 2000, Rec. 1851/1999).

NOVENO.- COSTAS.

De acuerdo con lo establecido en los arts. 239 y 240 Lcrim y 123 del Código Penal, se imponen al encausado las costas procesales causadas en esta instancia, incluidas las de la acusación particular (derivadas de la defensa y representación de la misma), debiendo aplicarse en este sentido la doctrina jurisprudencial, conforme a la cual procede tal inclusión, como norma general, cuando las peticiones de la acusación particular sean homogéneas con las del Ministerio Fiscal, de modo que sólo cabe apartarse del criterio general cuando la referida acusación particular haya introducido tesis y peticiones inviables, perturbadoras o absolutamente heterogéneas, lo que, obviamente, no ha sucedido en este supuesto concreto, mantenido una intervención activa durante la sustanciación del procedimiento.

En nuestro caso, la mitad de las costas se imponen al condenado, y la otra de oficio, habida cuenta de la ponderación que hacemos por la absolución de uno de los dos delitos por los que, finalmente, el encausado ha sido objeto de acusación.

Vistos los preceptos legales citados así como los de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS, COMO ASÍ HACEMOS, A DON Cesareo como autor penalmente responsable del siguiente delito y a las siguientes penas del CP, en la redacción otorgada por LO 1/2015, de 30 de marzo:

Un delito de abuso sexual a menor de 16 años, con carácter continuado, concurriendo las agravantes de reincidencia y abuso de confianza, **con la imposición de la pena de CINCO años de prisión e inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.**

Asimismo, **le condenamos a la pena accesoria de SIETE años (en total) de prohibición de aproximarse** a menos de doscientos metros de la persona de la víctima en cualquier lugar donde se encuentre, de su domicilio, de su centro escolar y de cualquier otro lugar que frecuente, así como la pena accesoria de SIETE años (en total) **de prohibición de comunicarse** con la víctima por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

Por último, **imponemos a DON Cesareo la medida de libertad vigilada durante el plazo de SIETE años** que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS, COMO ASÍ HACEMOS, A DON Cesareo **de un delito continuado de amenazas** del que venía siendo acusado, con toda clase de pronunciamientos favorables.

Por **vía de responsabilidad civil CONDENAMOS** a DON Cesareo a que indemnice a Maribel, a través de su representante legal, en la cantidad de 4.000 euros por los daños morales padecidos debido a los hechos narrados, con los intereses procesales, ex art. 576 LEC.

Se **imponen** a DON Cesareo, el pago de la mitad de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular, declarándose el resto de oficio.

Notifíquese a las partes esta resolución que es susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en los términos del artículo 846 ter LECr.

Así, por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Admón de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ