



Roj: **SAP Z 569/2019 - ECLI: ES:APZ:2019:569**

Id Cendoj: **50297370062019100109**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **6**

Fecha: **11/02/2019**

Nº de Recurso: **37/2018**

Nº de Resolución: **33/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **CARLOS LASALA ALBASINI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000033/2019

Ilmos. Sres.

Presidente

D. RUBEN BLASCO OBEDE

Magistrados

D. CARLOS LASALA ALBASINI (Ponente)

D^a. M^a VICTORIA LOPEZ ASIN

En Zaragoza, a 11 de febrero del 2019.

Esta **Sección Sexta de la Audiencia Provincial**, constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en juicio oral y público la presente Causa de Diligencias Previas nº 1529/2017, procedente del Juzgado de Instrucción nº nueve de Zaragoza, por delito de Abuso sexual, que ha dado lugar al presente **Rollo de Sala nº 37/2018**, contra el acusado **Cosme**, con DNI nº NUM000, nacido en la ciudad de Zaragoza, el día NUM001 - 1969, hijo de Elias y de Marisol, cuyo estado civil, oficio e instrucción no constan, sin antecedentes penales, insolvente total con domicilio en esta ciudad de Zaragoza, en la CALLE000 nº NUM002, NUM003, puerta NUM004 y en situación personal de libertad provisional por esta causa, libertad de la que estuvo privado los días 18 y 19 de Julio de 2017, por motivo de su detención policial.

El acusado **Cosme**, se halla representado por la *Procuradora D^a. Patricia Salazar Antoñanzas* y defendido por la *Abogada D^a. Maria Teresa Hernandez Santon*.

Ejercita la Acusación particular como perjudicada, en nombre y representación de su hija menor de edad **Piedad**, su madre D^a **Ramona**, la cual se haya representada por la *Procuradora D^a Sonia Salas Sanchez*, y asistida por el *Letrado D. Juan Carlos Campos García*.

Es parte acusadora el MINISTERIO FISCAL en ejercicio de la acción pública.

Es **Ponente** de esta Sentencia el **Ilustrísimo Sr. D. CARLOS LASALA ALBASINI, Magistrado** de esta Sección Sexta, quien expone de forma motivada y razonada la meditada decisión del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En virtud de Atestado policial de la Brigada Regional de la Policia Judicial, de fecha 14-7-2017, incoó el Juzgado de Instrucción nº nueve de Zaragoza, Diligencias Previas nº 1.529/2017, en las que el investigado **Cosme**, fue acusado tanto por el Ministerio Fiscal, como por la Acusación particular como presunto autor de un delito de Abuso sexual, tipificado en el artículo 183-1 y 4 d) del Código Penal vigente, por lo que el Sr. Juez de Instrucción nº nueve de Zaragoza, decretó la apertura del juicio oral contra el mismo, mediante su Auto de fecha 20-3-2018, fijando en el mismo la competencia para el enjuiciamiento, Conocimiento y Fallo de la presente Causa a esta Audiencia Provincial de Zaragoza.



La Defensa del acusado presentó su Escrito de Conclusiones Provisionales con fecha 10-5-2018, tras lo cual fue elevada la causa a esta Audiencia Provincial de Zaragoza el día 14-5-2018, mediante Diligencia de Ordenación de la Letrada de la Administración de Justicia de dicho Juzgado de Instrucción nº 9 de Zaragoza.

SEGUNDO.- Tales Diligencias Previas nº 1529/2017 tienen su entrada en la Sección de Registro de esta Audiencia Provincial de Zaragoza el día 17-5- 2018, donde fueron repartidas, conforme al turno de reparto establecido a esta Sección Sexta de esta Audiencia Provincial de Zaragoza.

Esta Sección Sexta mediante Auto de fecha 11-6-2018 , admitió todas las pruebas solicitadas tanto por el Ministerio Fiscal y por la Acusación particular como por la Defensa del acusado, excepto la comparecencia de la psicóloga clínica del IMLA, D^a Tomasa y ello por no haber sido impugnado su Informe escrito por la Defensa del acusado en su Escrito de Conclusiones Provisionales.

TERCERO.- Se señaló la Vista oral para el día 14 de Noviembre del 2018, a las 10 horas de la mañana.

Tal juicio oral tuvo lugar el día y hora señalado, compareciendo todas las partes y celebrándose el mismo en Vista pública.

A).- El Ministerio Fiscal, en sus Conclusiones Definitivas sostuvo que los hechos cometidos por el acusado Cosme , eran constitutivos de un delito de abuso sexual sobre menor de 16 años, tipificado en el artículo 183-1 y 4 d) del Código Penal vigente, sin la concurrencia en el mismo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que pidió contra el mismo la pena de cinco años de prisión, con las penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de su condena privativa de libertad. En aplicación de lo dispuesto en los artículos 48 y 57 del Código Penal , solicitó el Fiscal que se le prohibiera al acusado acercarse a menos de 300 metros del domicilio y lugares frecuentados por Piedad y de comunicarse con ella por cualquier medio durante seis años. En aplicación del artículo 192-1-3 del Código Penal pidió el Fiscal que se le imponga al acusado Cosme la medida de libertad vigilada durante seis años, que se ejecutará con posterioridad al cumplimiento de su condena privativa de libertad.

También pidió el Ministerio Fiscal para el acusado Cosme , la privación de la patria potestad o inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad y guarda por el tiempo de seis años e inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores, durante un tiempo superior en tres años al de duración de la pena de prisión que se le imponga. Finalmente pidió el Ministerio Fiscal, que el acusado Cosme , fuera condenado al pago de las costas del juicio, por expreso mandato legal y que fuera condenado a indemnizar a su hija Piedad con 6.000 euros en concepto de daños morales.

B).- La Acusación particular de D^a Ramona , en sus Conclusiones definitivas sostuvo que el acusado, Cosme , era autor responsable de un delito de abusos sexuales sobre menor de 16 años, tipificado en el artículo 183-4º a) y d) del Código Penal vigente, sin la concurrencia en el mismo de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, por lo que pidió contra Cosme la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas incluidas las costas de la Acusación particular.

C).- La Defensa del acusado Cosme , en sus Conclusiones Definitivas, sostuvo y mantuvo la total inocencia de su patrocinado, por lo que pidió para el mismo su libre absolución, con todos los pronunciamientos favorables y con declaración de las costas de oficio.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El acusado Cosme , de 49 años de edad convivía con su hija, Piedad , de 11 años de edad, en su domicilio sito en la CALLE000 nº NUM002 , NUM003 NUM004 , de esta ciudad de Zaragoza, en ausencia de la madre de la que se había separado.

La menor, Piedad (nacida el NUM005 -2005) padecía y padece una deficiencia psicomotora con retraso mental que ha dado lugar a que se le reconociera en el pasado una discapacidad del 65%, en Resolución de fecha 21-5-2013 del IASS y ello por padecer la menor Piedad una discapacidad múltiple de etiología no filiada, DIRECCION000 con DIRECCION001 , causándole una discapacidad del 53% + factores sociales complementarios (12 puntos) = 65% de grado de discapacidad.

La menor, Piedad de 11 años de edad el 14-7-2017, tenía y tiene una edad mental de 36 meses (3 años de edad) aunque con un desarrollo muy heterogeneo, pues en lenguaje comprensivo tiene una edad mental de 48 meses (4 años), en lenguaje expresivo oral tiene una edad mental de 24 meses (2 años) y su desarrollo mental se encuentra en 42 meses (3 años y medio).



El nivel intelectual de la menor, Piedad , y sus circunstancias personales no la capacitan para utilizar su relato con finalidad de planificación, simulación o fabulación.

El acusado Cosme , aprovechándose de su condición de padre de la menor Piedad , de convivir en el mismo domicilio y de pernoctar en él, el día 14-7-2017, se desnudó completamente antes de meterse en su cama pero en vez de ello se metió seguidamente en la cama de su hija y ya dentro de ella y con su pene erecto y descubierto lo restregó reiteradamente contra la zona genital de su hija menor y discapacitada, Piedad , haciéndolo por encima del pañal que la niña llevaba puesto, porque en aquellas fechas la citada niña, padecía una falta del control de esfínteres. No consta que el acusado llegara a eyacular aunque la niña, que se dio cuenta de todo, le dijo ¡¡¡Vale yajiii ¡¡¡Vale yajiii.

El acusado Cosme carece de antecedentes penales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los hechos que se dan como probados son constitutivos de un delito de abuso sexual sobre persona menor de dieciséis años, con abuso del escaso desarrollo físico o intelectual de la víctima o por padecer la víctima un trastorno mental que le coloca en situación de total indefensión (artículo 183-1º y 4º a)).

Es evidente el escaso desarrollo intelectual de la menor Piedad , que tenía solo 11 años de edad en el momento de sufrir los hechos (día 20-2-2018) y que sus deficiencias psicológicas la colocaban en situación de total indefensión.

Este apartado a) del artículo 183-4 concurre de modo escandaloso, pues la niña no solo era menor de 16 años, sino que además su edad mental era de solo tres años de edad.

Concurre también el supuesto previsto en el apartado d) artículo 183-4º del Código Penal vigente, porque es evidente que el acusado Cosme , se prevaleció de su relación de parentesco, pues era el padre de la menor Piedad y que el acusado se prevaleció también de la relación de absoluta superioridad en que se hallaba respecto de su hija de 11 años de edad, pues estaba sola en la casa, con su padre y en ausencia de su madre, ya que sus progenitores estaban separados y el padre (ahora acusado) se había quedado con la niña.

El ánimo libidinoso del acusado fue patente, así como que no existió violencia ni intimidación sobre la menor por parte del acusado.

No habiendo habido acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal es indiferente que el acusado eyaculara o no sobre el pañal de su hija.

SEGUNDO .- Los hechos que se dan como probados y su consiguiente subsunción en el artículo 183-1º y 4º a) y d) del Código Penal , es absolutamente lógica e inexorable. Ha quedado sobradamente demostrado que los cometió el acusado Cosme , por toda la actividad probatoria desarrollada en el Acto del juicio oral y ello aunque el acusado negara lógicamente los hechos tan vergonzosos que cometió sobre su inocente hija el día 20-2-2018.

En efecto, la pericial de la psicóloga del IMLA, que finalmente compareció en el Acto del juicio oral, por expresa petición y requerimiento del Ministerio Fiscal, ratificó, amplió y explicó pormenorizadamente su Informe pericial de valoración psicológica que emitió por escrito con fecha 20-2-2018, y que obra en la Causa como folios 172, 173 y 174.

Ese Informe pericial fue harto revelador y así quedó acreditado en el Acto del juicio oral, bajo los principios de inmediación, concentración, oralidad, publicidad y contradicción.

Así la niña tenía 11 años de edad biológica en el momento de sufrir los hechos enjuiciados (20-2-2018), pero solo tres años de edad mental, con dificultades en el lenguaje expresivo, muy superiores a las del lenguaje comprensivo (comprende mejor) por lo que la psicóloga tuvo que emplear con la niña pictogramas, los mismos que se usan para su educación en el Centro especial CASA000 .

La menor Piedad , no estaba precozmente sexualizada, ni siquiera había tenido todavía la menarquia y tenía y tiene un estado de ánimo alegre y estable, tranquila y colaboradora y disfruta con la interacción personal.

Piedad , comprende los conceptos espaciales básicos en el espacio tridimensional e identifica las partes del cuerpo humano y también identifica perfectamente las partes genitales de ambos sexos, tiene asumido su esquema corporal y tiene una edad mental de 36 meses (tres años de edad) y en lenguaje comprensivo tiene una edad mental de entre 48 y 52 meses.

TERCERO.- En su entrevista con la psicóloga, la menor Piedad mantuvo respuestas totalmente consistentes, referidas a tocamientos por encima de su pañal, realizadas con el pene descubierto de su padre y negó que su



padre le tocara otras partes del cuerpo o tocamientos en su zona genital por debajo del pañal, ni con el pene ni con otra parte del cuerpo del acusado.

La menor negó también haber sido inducida por su padre a realizar tocamientos al acusado.

La niña fue siempre totalmente consistente en su relato factico, llegando incluso a corregir a la psicóloga del IMLA cuando esta le sugirió otras posibles acciones abusivas de su progenitor.

La menor refirió que esa actuación de su progenitor la realizó éste en la cama, en el momento de ir a dormir, manteniéndose siempre constante también en este extremo, todo ello mediante pictogramas y al ser preguntada por la psicóloga sobre su estado emocional en el momento de los hechos, señaló el pictograma que mostraba enfado mientras verbalmente repetía "¡¡¡Vale!!! ¡¡¡Vale!!!", refiriéndose a la petición que le hizo a su progenitor para que cesara en su torpe acción.

Finalmente la psicóloga señaló una cosa que es muy importante y que es inexorable en estas personas con tanto déficit intelectual y es que no tienen (tampoco la menor Piedad) capacidad de referir los abusos sufridos con una finalidad planificada de tipo alguno, ni tienen por tanto capacidad de fabulación, pues se lo impide su retraso intelectual (sic).

Coincide totalmente con el Informe pericial de la psicóloga Clínica del IMLA D^a Tomasa, el testimonio de la madre de la menor, la cual, refirió en el Acto del juicio oral que su hija le comunicó con gestos y palabras "Titi" los hechos realizados por su padre sobre los genitales de ella (sobre la menor) y que esos hechos ocurrieron una sola vez.

Coincide también con el Informe y la explicación de la Psicóloga Clínica del IMLA D^a Tomasa el Informe oral de los dos psicólogos D. Miguel y D^a Enma, psicólogos de ANAPAR que expusieron que la menor-ofendida carece totalmente de la capacidad para inventar ni imaginar, pues solo tiene pensamientos concretos al ras de lo vivido y que carece de la capacidad para los pensamientos abstractos.

Estos dos psicólogos otorgan plena credibilidad a lo que la menor-ofendida les narró sobre lo que su padre hizo con ella.

Lo mismo ocurre con el testimonio de la inspectora del C.N.P. con TIP NUM006, la cual intervino en la declaración de la menor en el Centro de DIRECCION002, en unión de la psicóloga D^a Enma, todo ello en una cámara de Eisel.

Esta inspectora narró como la niña les contó con total coherencia los hechos efectuados sobre ella por su padre y "que le había tocado "el titi" a ella su padre con los genitales de él".

Asimismo, les narró que había visto realizar esos gestos a sus padres y explicó que sus padres hacían movimientos de atrás hacia delante.

La niña vino al juicio oral pero no entró ni se le tomó declaración de forma personal, porque ello suponía, según los dos psicólogos del ANAPAR, revictimizarla e introducirla en una situación personal para ella insuperable, dada su limitación intelectual, pues estos discapacitados solo pueden desenvolverse "en sus rutinas diarias" y sacarlas de ellas para introducirlas en una Vista oral, con personas extrañas constituiría para la niña algo insoportable e inentendible por ella.

Por todo lo expuesto a la menor Piedad no se le tomó declaración, pero a pesar de ello hubo pruebas de cargo bastantes y mas que suficientes que desvirtuaron totalmente la presunción de inocencia del acusado

CUARTO.- No concurren en el acusado Cosme circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, por lo que la pena que se le impondrá será la de cinco años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante todo el tiempo de su condena privativa de libertad.

El tipo penal objetivo que ha infringido el acusado es el de abuso sexual, tipificado en el artículo 183-1º y 4º a) y d) del Código Penal vigente, cuya pena básica (183-1º) es de dos a seis años de prisión, pero que se eleva a su mitad superior (de cuatro años y 1 día de prisión a seis años de prisión) en el subtipo agravado del 183-4º al concurrir las circunstancias agravatorias a) y d) de dicho apartado 4º del artículo 183.

En efecto, el acusado Cosme, se prevaleció de su relación de absoluta superioridad por parentesco sobre su hija de 11 años de edad (apartado d), pues además la niña aunque tuviera 11 años de edad biológica, su edad mental era y es de solo tres años y estaba sola en casa con su padre, sin una sola persona que pudiera frenar la torcida inadmisibles y torpe acometida sexual de su progenitor (apartado a) del artículo 183).

Por tanto la pena que le corresponde al acusado va desde los cuatro años y un día de prisión hasta los seis años de prisión.



Se le impondrá cinco años de prisión porque la circunstancia a) del apartado 4º del artículo 183 concurre de modo exacerbado.

También procede imponerle al acusado Cosme la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de su condena privativa de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 56-1-2º del Código Penal vigente (ope legis).

También procede imponerle al acusado Cosme la medida de seis años de libertad vigilada que se ejecutará al acabar el cumplimiento de su condena privativa de libertad de cinco años.

Esta medida es de aplicación "ope legis" por mandato de la Ley, de carácter forzoso y obligado y en su mitad superior, por tratarse el acusado de progenitor de la niña (artículos 192-1 , 105-1-a) y 106-1º e) y f) del Código Penal , lo cual conllevará la expresa prohibición de aproximación a su hija a menos de 300 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio durante esos seis años de libertad vigilada.

También procede imponerle al acusado Cosme la pena de inhabilitación especial durante ocho años, para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad (artículo 192-3.2 del Código Penal vigente).

QUINTO.- En cuanto a las costas deberán serle impuestas al acusado, Cosme y ello por expreso mandato del artículo 240-2º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 123 del Código Penal vigente.

En esa condena en costas irá incluido el pago de las costas de la Acusación particular, pues tal Acusación particular ha sido siempre totalmente homogénea y pareja a la calificación del Ministerio Fiscal, tanto en sus Conclusiones Provisionales como en las Definitivas en el Acto del juicio oral y su calificación definitiva ha sido además asumida por este Tribunal

En cuanto a las responsabilidades civiles cabe señalar que se le impondrá al acusado el pago de la cantidad de 6.000 euros que pidió el Ministerio Fiscal, en sus Conclusiones Definitivas.

En efecto, esos 6000 euros son por daño moral, pues tal daño moral ha existido, sin ninguna duda, sobre la menor, Piedad , pues, con todas sus limitaciones se dio perfecta cuenta de la torcida y torpe actuación de su progenitor para con ella, pues así se lo advirtió la niña a su madre (que su padre le tocaba ahí, señalando su zona genital).

Igualmente, acredita la existencia del daño moral en la niña, Piedad , el Informe pericial de la psicóloga del IMLA Dª Tomasa , a la que en la entrevista la niña le contó lo que su padre le hacía, poniéndose muy enfadada y que le decía a su progenitor ¡¡Vale ya ¡ ¡¡Vale ya¡¡, pidiéndole que interrumpiera su torcida conducta.

Por lo expuesto los 6000 euros que pide el Ministerio Fiscal por daños morales le serán concedidos a la menor ofendida.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, y en virtud de los poderes que este Tribunal tiene conferidos por los artículos 117 , 118 y 120 de la vigente Constitución española de 1.978 y por los artículos 14 , 15 , 741 y 742 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal , dictamos el siguiente:

FALLO

Que debemos de **condenar y condenamos** al acusado **Cosme** , como autor responsable de un delito de abuso sexual sobre persona menor de 16 años, tipificado en el artículo 183-1 y 4 a) y d) del Código Penal vigente, sin la concurrencia en el mismo de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de cinco años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante todo el tiempo de su condena privativa de libertad.

Le imponemos al acusado Cosme la prohibición de aproximarse a menos de 300 metros del domicilio de su hija Piedad y de los lugares que esta última frecuente y ello durante seis años.

También le imponemos al acusado Cosme la prohibición de comunicarse por cualquier medio, durante seis años, con su hija Piedad .

Le imponemos también al acusado, Cosme la medida de libertad vigilada, durante seis años, tal medida se ejecutará con posterioridad a la ejecución de su condena privativa de libertad.

Finalmente, le imponemos al acusado Cosme , la privación de la patria potestad o inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad y guarda, durante el tiempo de seis años y de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores durante el tiempo de ocho años.



Finalmente, también condenamos al acusado Cosme , al pago de las costas del juicio por expreso mandato legal, con inclusión en tales costas de las costas de la Acusación particular y a que indemnice a su hija menor de edad Piedad , con la cantidad de 6.000 euros por daños morales.

Notifíquese esta Sentencia a todas las partes personadas, con remisión de una copia de la misma a todas ellas.

Llévese esta Sentencia original al Libro de Sentencias y únase un testimonio de la misma al presente Rollo.

Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dentro de los diez días siguientes a aquel en que hubiera sido notificada esta Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, juzgando en primera instancia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ