



Roj: **SAP B 7662/2007 - ECLI: ES:APB:2007:7662**

Id Cendoj: **08019370052007100467**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **21/07/2007**

Nº de Recurso: **112/2006**

Nº de Resolución: **527/2007**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio penal**

Ponente: **BEATRIZ GRANDE PESQUERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN QUINTA

ROLLO número: 112/06

PROCEDIMIENTO ABREVIADO número:185/04

JUZGADO DE LO PENAL número 1 de Barcelona

SENTENCIA número:

Ilmos. Sres.:

D^a Elena Guindulain Oliveras

D^a Beatriz Grande Pesquero

D. Augusto Morales Limia

En la ciudad de Barcelona, a 21 de junio del año dos mil siete.

La Sección Quinta de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación el procedimiento arriba referenciado procedente del Juzgado de lo Penal reseñado, por delito de **Abusos Sexuales** el cual pende ante esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. José Castro Carnero en nombre y representación de D. Carlos Miguel y defendido por el Letrado D. Pablo Cristóbal González contra la sentencia dictada en los mismos el día 23 de febrero de 2006 por la Iltra. Sra. Magistrada de dicho juzgado. Es parte apelada Doña Ariadna y D. Juan María que actúan en nombre de su hija incapacitada Consuelo y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Iltra. Sra. Doña Beatriz Grande Pesquero, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

Segundo.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Que debo condenar y condeno a Carlos Miguel, como autor de un delito de **abusos sexuales** del art. 181 apartados 1, 2 y 4 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO a Consuelo, a su domicilio y al centro ocupacional " DIRECCION012 " u otro al que pueda acudir, a menos de MIL METROS durante CUATRO AÑOS, así como al pago de la mitad de las costas, incluidas las de la acusación particular.

Asimismo condeno a Carlos Miguel a abonar a los representantes legales de Consuelo la suma total de 15.300 euros.



Y debo absolver y absuelvo a Carlos Miguel del delito de corrupción de menores e incapaces del que venía siendo acusado, declarando de oficio la mitad de las costas del juicio ".

En fecha 24 de febrero de 2006, se dictó auto de aclaración de sentencia en el sentido de corregir el error respecto a la indemnización que sería de 18.000 euros y no de 15.300 euros en concepto de daños morales y secuelas.

Tercero.- Admitido el recurso y de conformidad con lo establecido en el art. 790-6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no siendo preceptivo el emplazamiento y comparecencia de las partes, se siguieron los trámites legales de esta alzada y quedaron los autos vistos para sentencia.

Cuarto.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Se admiten y se dan por reproducidos en esta alzada los hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Dictada sentencia por el Juzgado de lo Penal condenando a Carlos Miguel, como autor de un delito de **abusos sexuales** del art. 181 apartados 1, 2 y 4 del Código Penal, se alega por la parte apelante en primer lugar, nulidad del juicio oral por infracción procedimental esencial del artículo 793.2 Lecrim. y artículo 24.2 Constitución Española, al no haberse dado lectura a los escritos de acusación y defensa por parte del Sr. Secretario, ni nada se indicó al acusado sobre los hechos sobre los que venía siendo acusado, ni la calificación jurídica ni la condena interesada penal y civil, lo que conllevaría, según interesa, la nulidad de pleno derecho de las actuaciones procesales según lo previsto en el art. 238.3º de la LOPJ cuando se realicen prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento y se cause indefensión.

En primer lugar hay que señalar, que el apelante parece referirse al artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativo a la lectura de los escritos de acusación por parte del secretario judicial, alegando indefensión, porque no se dio lugar a tal lectura, pero no indica qué tipo de indefensión se le causó, después de seis años de instrucción, en la que el acusado declaró y fue informado de los hechos que se le imputaban, de su negativa a someterse a una prueba de ADN en relación con esos mismos hechos, habiendo sido asistido a lo largo de toda la causa de letrado. Es cierto que no se dio la lectura que prevé el citado artículo, pero es obvio que el acusado sabía de la acusación vertida contra el mismo, cuando, acogándose a su derecho a no declarar a las preguntas de la Acusación Particular, comenzó a exponer los supuestos perjuicios que le había causado la acusación contra él formulada, lo que conlleva la inadmisión de la nulidad que se invoca.

SEGUNDO.- Se interesa asimismo, la nulidad de las declaraciones de Ariadna, que constan en los folios 17 y 18 de las actuaciones y de la exploración de Consuelo de fecha 16.6.00, folios 13, 14 y 15, aduciendo que una vez que le fue nombrado abogado de oficio al acusado, siendo esas declaraciones posteriores, no se le notificó que se iban a prestar las mismas para poder intervenir y ser sometidas a contradicción, lo que constituye, asevera, una infracción palmaria del procedimiento que genera una manifiesta indefensión y que conculca el artículo 24 de la Constitución.

Reitera la parte, en este momento, lo que ya fue resuelto por la Sección VIII de esta Audiencia mediante auto de fecha 10 de julio de 2002 (folios 325 a 328 de autos), donde dispuso una nueva declaración de la Sra. Ariadna, la que tuvo lugar en fecha 25 de octubre de 2002, en presencia de los letrados de las partes (folios 334 y 335). Con respecto a la exploración de Consuelo, en numerosas ocasiones se han puesto de manifiesto las deficiencias de la propia legislación que con anterioridad a la reciente modificación realizada por LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores no preveía en protección a las víctimas menores de edad, una regulación específica relativa a la forma como deben efectuarse las declaraciones ante los funcionarios de policía y ante los propios Jueces, al no diferenciarse en la ley procesal penal la declaración testifical del adulto con relación al menor. En relación a los menores se ha modificado el artículo 433 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de que "Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración", precepto que a falta de regulación concreta podría ser de aplicación a los incapaces. En todo caso el artículo artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala que "Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con



excepción de las personas expresadas en los arts. 416, 417 y 418, en sus respectivos casos" y el Artículo 417 que "No podrán ser obligados a declarar como testigos:3º) Los incapacitados física o moralmente".

Tal nulidad, no es procedente, habida cuenta que tanto Ariadna como Consuelo , volvieron a declarar en el plenario en presencia de las partes personadas y con todas las garantías legales, siendo tales manifestaciones, sometidas a contradicción. El "tribunal a quo" ha valorado esa declaración de la testigo perjudicada en los hechos y ha tenido en cuenta las periciales practicadas sobre las condiciones de valoración de esa testifical. También ha tenido en cuenta las declaraciones del acusado y la de los testigos referenciales al hecho, obteniendo una convicción fundada sobre los hechos que declara probados que expresados racionalmente, son fruto de una intermediación de la que esta Sala carece y sobre lo que incidiremos más adelante.

TERCERO.- Invoca asimismo el apelante, nulidad de la pieza de convicción y consiguientemente de la prueba de laboratorio realizada posteriormente sobre ella (folio 73 y ss.), al mencionarse el pantalón por primera vez, afirma, mediante diligencia de constancia de 31.10.00, cuatro meses y medio después de la denuncia, señalándose que se envió por el juzgado nº 1 a la Comisaría y por ésta al laboratorio sin que conste documentación al respecto, dudando de que se aportase pantalón alguno o de que el aportado fuera el realmente examinado, pues no existe descripción minuciosa, lugar y tiempo en que fueron entregados, con infracción de los artículos 334, 336, 337 de la Lecrim, y del art. 24 de la Constitución, añadiendo a todo ello, que Consuelo dijo que al pantalón no le pasó nada, ni se manchó ni mojó y el exhibido no lo reconoció como propio.

Tal alegación tampoco puede prosperar, en tanto que en la diligencia de constancia que obra al folio 38 de las actuaciones, se hace una mención minuciosa del "iter" seguido por la pieza de convicción, señalándose al respecto que desde que fue entregado con la denuncia, al juzgado nº 2 de Igualada (que se inhibió al juzgado de instrucción nº 1 mediante auto de fecha 9.10.00 según normas de reparto), éste lo remitió a la Policía Científica de Igualada para su análisis y de ahí, ésta, lo envió al Servicio Central de Policía Científica de Madrid con la referencia NUM013 , aportando fotocopia de dos oficios, uno del juzgado de instrucción a la policía de Igualada (folio 39 de autos) y otro de ésta a la policía Científica de Madrid (folio 40 de autos). A todo ello debe añadirse que el informe pericial, como acertadamente razona la juez de instancia, describe al folio 74 de autos, el tipo, marca y modelo de pantalón, el que Ariadna en el plenario, reconoció cuando le fue exhibido, como el que llevaba su hija el día de los hechos y que fue devuelto al juzgado instructor, constando tal remisión al folio 71 de las actuaciones y al juzgado de lo penal el 17 de diciembre de 2005. La circunstancia de que Consuelo no reconociese el pantalón y la referencia a las manchas, deviene como lógica transcurridos seis años de ocurridos los hechos y en una persona de sus circunstancias, que padece un retraso mental severo, con un porcentaje de disminución del 65% y en este sentido lo han manifestando los peritos Sergio y Claudia en el plenario, al explicar que conforme pasa el tiempo va olvidando cosas. Consideramos, pues, que la cadena de custodia no ofrece dudas.

CUARTO.- Alega también la apelante errónea valoración de la prueba por parte del juzgador, relativa al informe pericial del equipo psicológico que considera el testimonio de Consuelo creíble y descarta la imaginación como fuente de su relato y que deducen un **abuso** muy probable. Que en el informe forense de 16.6.00 se dice que difícilmente puede mentir o inventar una situación como la que examinamos y en el plenario el forense manifestó sin embargo que era "fácilmente influenciable" . Que mientras la madre y la testigo Laura , sostienen que el acusado le manchó el pantalón con semen, Consuelo dijo que llevaba un pantalón azul claro, que al pantalón no le pasó nada ni se mojó ni se manchó. Que pudieran haberle influenciado conversaciones con su hermana o madre o que haya escuchado a Marí Jose quien tiene inquina al acusado. Que existen contradicciones en la declaración de Consuelo cuando refiere que en una ocasión dijo que le bajó el pantalón y en otra que los hechos sucedieron con la ropa puesta, y en el informe pericial consta que las manchas aparecían en la parte interior del pantalón.

Que hubo testigos de la acusación (la madre, la hermana de Consuelo y Marí Jose) que manifestaron que ya había habido problemas en otras ocasiones con el acusado respecto a las dos últimas y otras mujeres, siendo que la defensa aportó varios testigos que relataron que nunca había habido problemas y que las puertas de la sacristía que dan a la calle están abiertas y el día de los hechos también. Que el acusado no tiene ninguna disfunción psicológica en materia de sexualidad según el informe de parte del Sr. Íñigo .

Al respecto debe recordarse que aunque en el recurso de apelación el Juez o Tribunal "ad quem" se halla autorizado a revisar la valoración probatoria efectuada por el Juez de Instancia, el hecho de que la apreciación por éste lo sea de pruebas practicadas a su presencia, bajo los principios que rigen el proceso penal en el juicio oral, de intermediación, publicidad, contradicción y defensa, tiene como consecuencia que a quien corresponde la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral de acuerdo con el dictado de su conciencia - artículo 741 de la L.E.Cr.- es a dicho Juez "a quo" y por ello deben respetarse sus conclusiones fácticas, salvo que carezcan de apoyo en el conjunto probatorio practicado a su presencia o se contengan contradicciones o incongruencias



en su razonamiento o se haya practicado nueva prueba en segunda instancia que contradiga la que el juzgador a quo apreció en su sentencia.

De ahí, que cuando en el acto del juicio oral se producen varias declaraciones o pericias contradictorias, la determinación de cuál es la que debe predominar depende claramente de la inmediación con la que esta prueba es percibida por el juez de instancia sin que este Tribunal pueda alterar su apreciación salvo que aprecie en sus conclusiones irracionalidad, arbitrariedad o error evidente.

De manera reiterada tiene establecido el Tribunal Constitucional -SS 201/89; 160/90; 229/91; 64/94, entre otras- que la declaración de la víctima de un delito practicada normalmente en el Juicio oral con las necesarias garantías procesales tiene consideración de prueba testifical y como tal puede constituir válida prueba de cargo en la que puede basarse la convicción del Juez para la determinación de los hechos del caso, si bien para ello será preciso que no se dé una incredulidad subjetiva derivada de un constatado móvil espúreo, como resentimiento, venganza, etc, que medie verosimilitud proporcionada por connotaciones objetivas periféricas, así como una persistencia en la incriminación, lo que es tanto como exigir que se sea prolongada en el tiempo, plural y sin ambigüedades ni contradicciones, viniendo obligados los Tribunales, como consecuencia de todo ello, a realizar un examen y crítica cuidadosa y profunda sobre la fiabilidad de sus manifestaciones.

Ningún error se aprecia en el caso de autos, al haber quedado acreditada la realización por parte del sujeto activo de actos de inequívoco contenido **sexual**, cuales son el tocamiento del pecho y sexo de la víctima y el bajarse los pantalones para que ésta le tocara el pene y después eyacular en sus pantalones sin su consentimiento y sin emplear violencia ni intimidación, prevaleciendo para ello de la deficiencia mental de la ofendida, que debido a que padece un retraso mental severo (así se determina en el folio 305 de autos sobre calificación de disminución efectuado por el Institut CATALA d'Assistència i Serveis Socials) carece de capacidad para prestar un consentimiento libre y voluntario para mantener relaciones **sexuales**, viendo así violentada su libertad **sexual**, estando presente el dolo, consistente en el conocimiento del retraso mental de Consuelo, víctima especialmente vulnerable, y en la voluntad de aprovecharse de dicho retraso para mantener el contacto **sexual**.

En primer lugar, no existen razones objetivas para pensar que la testigo falte deliberadamente a la verdad, pues no consta en modo alguno que existieran rencillas o disputas anteriores. Por el contrario, tanto el acusado como los padres de la víctima coinciden en que sus relaciones eran buenas, que tenía gran amistad con sus padres según aquél y que no tenían motivos para desearle nada malo y que sabían que su hija iba a ver al acusado y no les preocupaba según manifestaron éstos, contando con su confianza, no recelando cada vez que acudía a la parroquia. Por otro lado, el testimonio aportado por la ofendida en el juicio fue verosímil según la "juez a quo", alcanzando la convicción de que los hechos ocurrieron de la forma que refleja, desprovista de toda influencia, ni de su vecina, ni de su hermana o madre por la forma en cómo los relataba, así como por las periciales realizadas y ratificadas por los expertos que las elaboraron. De manera que ni la víctima ni su familia, nada obtenían como ventaja por tal declaración inculpatoria, antes al contrario, tuvieron que sufrir un indeseado corolario de desprecio y hasta actitud insultante y conminatoria de una parte de la vecindad, y a pesar de esos inconvenientes, los perjudicados persistieron en sus imputaciones. De otro lado, se exponían a que de una forma simple y rápida su denuncia quedara definitivamente desenmascarada si el acusado se hubiese sometido a una prueba de ADN, comparando su perfil genético con el que aparecía en el pantalón que se acompañó con la denuncia.

Las circunstancias personales de la perjudicada, su patente y acreditado retraso mental y las dificultades de expresión justifican las aparentes inexactitudes en que incurre. Pese a que la misma afirmara en el plenario que no se manchó el pantalón ni se mojó (algo lógico se repite, en una persona de sus características y dado el tiempo transcurrido -6 años- en el que se tiende a olvidar las circunstancias desagradables de lo vivido), cambiando su primera declaración que obra al folio 14 en la que manifestó lo contrario, las corroboraciones periféricas existentes evidencian que fue así, de un lado la pieza de convicción lo demuestra, lo que declaró su madre en cuanto a lo que le relató Consuelo nada más llegar a su casa en relación a lo que había pasado y como se había mojado el pantalón, así como lo referido por la testigo Laura, a quien Consuelo también le narró lo sucedido. Respecto a que existen contradicciones en la declaración de Consuelo cuando refiere que en una ocasión dijo que le bajó el pantalón y en otra que los hechos sucedieron con la ropa puesta, y en el informe pericial consta que las manchas aparecían en la parte interior del pantalón, nada obsta para que el acusado le desabrochase el pantalón sin quitárselo, y evidentemente se lleva a cabo con la ropa puesta, siendo compatible con que las manchas estuvieran en la parte interior superior como consta en el informe.

Que la ofendida padece un retraso mental lo pudo constatar el Tribunal "a quo" y este Tribunal a través de los DVD que se acompañan con las actuaciones, apareciendo su minusvalía desde el primer momento como algo evidente y ostensible, tanto por su forma de hablar, como incluso por su aspecto físico. Algo tan palmario no pasó desapercibido al procesado, que conocía a la víctima desde hacía años. El comportamiento



del acusado denota su intención de abusar sexualmente de la incapaz, prevaleciendo de sus limitaciones mentales: aprovechando que acudía a la parroquia con asiduidad, le regalaba alguna cosa o bolsa de aperitivos para ganar su confianza, conseguido así ese día su propósito de quedar a solas con ella, y culminar su designio.

Es necesario recordar la S. 705/2003 de 16 de junio, que mantiene la doctrina de que, aunque es cierto que la apreciación probatoria de los medios de acreditación que se ofrecen y practican ante el Tribunal sentenciador, corresponde de forma exclusiva al mismo, sin que dicho órgano jurisdiccional pueda declinar la responsabilidad que esta materia le encomienda el art. 741 LECrim, desarrollo penal del art. 117 CE., no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su forma de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, y lo mismo ocurre, como en el caso enjuiciado, cuando se trata de la declaración inculpatória de deficientes mentales, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos) rindiendo su informe ante el Tribunal sentenciador, en contradicción procesal, aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio referido, víctima de un delito de naturaleza **sexual**.

Pero no basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia <<exploración>> o, en su caso, declaración testifical de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá de tener en cuenta el Tribunal para llegar a una u otra conclusión convéctiva.

En este sentido, ha de destacarse, que según el informe pericial ratificado en el plenario por los peritos D. Sergio y Doña Claudia , Consuelo presenta un retraso mental, tiene dificultades a la hora de construir frases y esa dificultad aumenta con el estrés, sin que tenga tendencia a la fabulación (folio 102 de autos), concluyendo con que estamos ante un testimonio creíble y ante un **abuso** muy probable y con una edad madurativa de 6 años.

A la anterior prueba, se une la prueba pericial forense practicada. Así, el Médico Forense D. Luis Andrés , emitió un informe al folio 20 de las actuaciones que ratificó y amplió en el acto del juicio oral, donde decía que Consuelo difícilmente puede mentir o inventar lo que relata aunque si puede repetir lo que le ha sido contado y si se le cambia el relato lo cambiará, pero no es fácil que mantenga una narración sobre algo inexistente, la capacidad de fabulación es detectable pero no estima que la tenga sobre cosas complejas. En relación a que Consuelo a partir de septiembre de 2000 (los hechos ocurren el 14 de junio) empezó a tener brotes epilépticos señaló, que aun cuando el cerebro lesionado puede a la larga desembocar en una crisis de epilepsia, afirma que puede aparecer con cualquier clase de estímulos y puede activarse en situaciones de estrés.

En este sentido, D. Clemente perteneciente a la Unidad de Urgencias y Diagnóstico Rápido del Hospital de Igualada, ratifica y amplía el informe que obra al folio 662 de autos donde se le diagnostica epilepsia. Añade que las personas de las características de Consuelo , son personas físicamente tributarias de ser pacientes de epilepsia, añade que en ésta hay una causa orgánica, siendo lo habitual en la primera crisis un desencadenante como el estrés, cambio de vida o abandono de tratamientos. Explica que hizo el diagnóstico y no el seguimiento, reiterando que generalmente puede haber un desencadenante por estrés psíquico que es lo más habitual.

En el presente caso, pues el Tribunal de instancia, cumpliendo el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 C.E.), expone en el segundo de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia recurrida, las pruebas que ha tenido en cuenta para declarar probados los hechos que se consignan en el relato fáctico de la resolución combatida: en suma, el testimonio de la víctima, con las corroboraciones que se exponen en el citado fundamento (el informe psicológico y forense de la misma, y el testimonio de la madre, padre y hermana y de Laura que vienen a coincidir en lo esencial con el relato) a las que ya hemos hecho particular referencia, unido a la pieza de convicción cuyo informe concluye con que se trata de dos manchas en las que se detecta la presencia de espermatozoides (folio 76 de las actuaciones).

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el testimonio de la víctima puede constituir prueba de cargo de suficiente entidad para poder desvirtuar la presunción de inocencia que inicialmente ha de reconocerse a todo acusado, de modo especial en aquellos delitos que, como los relativos a la libertad **sexual**, carecen frecuentemente de otros posibles medios probatorios; si bien, de ordinario, suele exigirse también la existencia de algún dato o elemento de juicio corroborador de dicho testimonio.

En el caso de autos, es patente que, junto al testimonio de la víctima, calificado de verosímil y convincente por los peritos que la examinaron, el Tribunal de instancia ha valorado -como elementos de juicio corroboradores del mismo- determinados extremos fácticos reconocidos por el propio acusado, como que esa tarde estuvo



con ella, que le dio una bolsa de aperitivos y si bien manifiesta que la puerta de la Sacristía siempre permanece abierta y esa tarde también, lo que han confirmado testigos propuestas por la defensa, ello no obsta para que en esa ocasión y para llevar a cabo sus deseos la cerrase, no pudiendo los testigos dar fe de esa circunstancia porque no se hallaban presentes. En cuanto a que el acusado no tiene ninguna disfunción psicológica en materia de sexualidad según el informe del perito de parte Sr. Íñigo, no es prueba irrefutable ni impeditiva de que haya cometido los hechos por los que se le juzga. Y finalmente respecto al informe efectuado en esta segunda instancia respecto a la incapaz por parte del perito psicólogo D. Íñigo en fecha 25 de abril de 2007 que consta unido al rollo de esta Audiencia, señalando en resumen, que dada su edad mental de 6 o 7 años, la veracidad de su relato puede quedar en entredicho e incluso ser distorsionado, que en el informe de la Unidad de Urgencias y Diagnóstico Rápido del Hospital de Igualada se asocia de modo precipitado la crisis comicial padecida por Consuelo como efecto directo de los posibles abusos, que devendría mas bien de la hipoxia perinatal sufrida durante su nacimiento y las complicaciones de salud asociadas y desarrolló una epilepsia y la posibilidad de desarrollar a lo largo de su vida crisis comiciales, podrían haber tenido otro desencadenante distinto incluso el rechazo por parte de la comunidad cristiana a la que pertenecen y que en el Taller Auria no notaron ningún cambio de conducta. Alude el perito a la exhibición del pantalón en el plenario que Consuelo no reconoció, y dijo que ni se mojó ni manchó, considerando que la posibilidad de que el acusado eyaculara sobre ella es falsa y que quizás pudo haber un tocamiento físico por parte de Carlos Miguel hacia Consuelo en pechos, genitales y trasero, por encima de la ropa y una sola vez, y que en ningún momento hubo eyacuación encima de ningún pantalón ni violentación alguna hacia el cuerpo de Consuelo, siendo un episodio aislado que no ha podido dejar secuelas psicológicas sobre Consuelo, por lo que ha podido olvidar de forma satisfactoria los hechos y sin que todo ello haya supuesto ningún percance en su equilibrio psicológico general.

El Tribunal Supremo señala, en cuanto a la valoración por el tribunal de la prueba pericial en sentencia de fecha 18-6-2003 que:

"... La prueba pericial versó sobre las circunstancias que podrían influir en la mayor o menor fiabilidad de la versión sostenida por la menor víctima de los hechos en la forma en que fueron denunciados, constituyendo un elemento auxiliar del Tribunal para el momento de adoptar la decisión pertinente acerca de la credibilidad de sus manifestaciones. No es misión de los peritos, sino del Tribunal, decidir acerca de la credibilidad, pero el dictamen de aquellos en este aspecto puede aportar, en ocasiones, datos útiles que permitan negar dicha credibilidad en función de las características de la personalidad de la persona afectada.

El Tribunal dispuso del material remitido, relativo a una de las entrevistas realizadas a la menor, y, principalmente, presencié directamente la emisión del informe por parte de los peritos, así como el interrogatorio efectuado por el Ministerio Fiscal y las partes, de manera que pudo formarse opinión acerca del contenido del informe pericial y de las precisiones que en relación al mismo y a su valor indicativo pudieron hacer tanto las acusaciones como la defensa..."

A la vista de lo expuesto, el Tribunal estudia en su conjunto el contenido del o los informes periciales y, en su caso, las explicaciones orales, reflexiona sobre lo que se dice y, finalmente, los hace suyos o no, o los hace parcialmente. No se trata, pues, de un juicio de peritos, sino de una fuente de conocimientos científicos, técnicos o prácticos que ayudan al Tribunal a descubrir la verdad.

Es patente que, en el presente caso, el alegato de la parte recurrente y tal informe, no suponen otra cosa que la pretensión de llevar a efecto -desde su particular punto de vista- una valoración de las pruebas practicadas, con olvido de que dicha función compete de modo exclusivo y excluyente al Tribunal. Menester es reconocer que el Tribunal de instancia ha dispuesto de una actividad probatoria, de signo claramente inculpativo contra el acusado y que dicha prueba ha sido practicada con plenas garantías legales y constitucionales, y que la referida prueba pericial practicada en esta instancia, en nada desvirtúa la vulneración que se denuncia, incluso en el informe presentado por el perito de parte, viene a admitirse la actuación delictiva del acusado cuando señala que "quizás pudo haber un tocamiento físico por parte de Carlos Miguel hacia Consuelo en pechos, genitales y trasero, por encima de la ropa y si esto sucedió fue una sola vez". Es lógico, y forma parte del derecho de defensa que el recurrente mantenga otra versión de los hechos, versión que reitera en el escrito de recurso, pero ello, no constituye el error probatorio que ha sido denunciado.

Se desestima el motivo.

QUINTO.- Invoca el apelante la no agravación del artículo 181.3 y 4 en relación con el 4º del artículo 180 del Código Penal al margen de la agravación típica, por infracción de lo señalado en el artículo 67 del referido texto legal, puesto que, asevera, las circunstancias agravantes no se pueden aplicar cuando el supuesto de hecho en que consiste la agravación ya está contemplado en la descripción del tipo. Añade que existen además dos errores, uno jurídico y otro de apreciación de prueba, porque en el fundamento de derecho tercero se establece la existencia de una situación de superioridad pero en el relato de hechos probados nada de ello se menciona



y que el simple hecho de que fuera **sacerdote** de la iglesia donde iba la niña, no significa de por sí esa situación de superioridad, ni tampoco la de existir la relación de niño-adulto (sic), pues supondría infringir nuevamente la doctrina jurisprudencial y los preceptos citados pues no se puede sostener a la vez una falta de consentimiento por la minoría de edad (física o mental) y después aplicar una agravación precisamente porque existe una minoría de edad de la que se pueda aprovechar un adulto, no existiendo prueba de tal relación de superioridad.

Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25.3.04 al respecto que "... la especial vulnerabilidad de la víctima no es, en principio, incompatible con la minoridad de la misma. En realidad es perfectamente posible apreciar la circunstancia agravante específica del actual art. 182.2 y del antiguo 181.2.3 CP, siempre y cuando concurren -además de la edad menor y en su caso del prevalimiento- circunstancias especiales que operen en el caso concreto dando a la víctima una especial vulnerabilidad. Esto es así precisamente porque la edad, en el supuesto de los menores de doce años, actualmente de trece años, tiene la función típica de definir un tipo penal específico, según el cual toda acción **sexual** con un menor de doce años (en la redacción del CP 1995) y de trece años en la redacción vigente está prohibida y, consecuentemente es típica.

El legislador ha considerado que estos casos son supuestos especiales en los que la agresión a la libertad **sexual** es consecuencia de una intrínseca falta de libertad de decisión del sujeto pasivo. En un tipo penal de estas características es posible que ciertas características de la víctima, que serán de analizar en cada caso concreto, determinen su vulnerabilidad, y por ello incrementen el disvalor del hecho justificando la agravación de la pena respecto del tipo básico.

Distinta sería la cuestión cuando la víctima fuera de avanzada edad. En tales casos, la edad no es un elemento del tipo, sino que será, por regla, el fundamento de su vulnerabilidad. Dicho de otra manera: cuando la víctima de un delito contra la libertad **sexual**, sea violación o **abuso sexual**, sea de avanzada edad, por lo general, este elemento será la razón de ser de su vulnerabilidad.

Sin embargo, en el caso presente, la edad de la víctima, como tal, no podría por sí sola ser considerada como elemento del tipo básico y a la vez como circunstancia específica agravante.

2. Ello no impide, de todos modos, que, como se dijo, la víctima menor de doce o trece años, según la ley aplicable, sea especialmente vulnerable, cuando se encuentra sometida a una persona encargada, aunque sea de hecho, de su guarda. En tales situaciones los padres que confían la guarda a un tercero de su confianza y dejan de ejercer los habituales deberes de cuidado y defensa del menor y ello determina una especial vulnerabilidad que se adiciona a la edad de la víctima y que es independiente de la misma. Es de tener en cuenta que un menor de estas edades está normalmente protegido por sus padres y que necesita esta protección. Por lo tanto, cuando éstos confían su guarda a otras personas, porque no pueden ejercer tal protección, es decir cuando delegan su posición de garante, las víctimas carecen del resguardo defensivo de sus padres y ello las hace especialmente vulnerables..."

En el caso presente la vulnerabilidad que exige el tipo agravado de **abuso sexual**, viene dada por la conjunción de una serie de circunstancias que concurrían en la víctima, la deficiencia mental padecida con un porcentaje de disminución del 65%, que la sitúan en una edad mental de alrededor unos 6 años y como pone de relieve el informe pedagógico (folio 306 de autos), configuraban una personalidad y un carácter alegre, entusiasta, extrovertido, participativo en actividades del barrio, de la Cruz Roja, sociales, con limitada capacidad intelectual, lo que la hacía especialmente vulnerable, por lo que las acciones del acusado respecto a Consuelo, se veían favorecidas, aprovechándose de ello. Como acertadamente señala la sentencia de instancia, han de tenerse en cuenta en aras a estimar la especial agravación, en primer lugar, el retraso mental severo de Consuelo.

b) En segundo lugar, la condición de Párraco y guía espiritual que ostenta el acusado, como figura protectora, respetable y digna de confianza en el ámbito familiar y con quien les unía una muy buena relación, lo que así percibía la víctima que acudía asiduamente a la parroquia con la autorización y tranquilidad que una persona de su situación confiere, considerándole Consuelo un amigo.

c) En tercer lugar, la notoria diferencia de edad, que proporcionaba al acusado (de cincuenta y cinco años) la madurez y experiencia necesarias para aprovechar la ingenuidad de la incapaz.

d) Por último, el gran ascendiente que el recurrente había obtenido sobre ella, que el Tribunal de instancia declara expresamente acreditado al aprovechar el acusado la autoridad y capacidad de influencia proporcionadas por su condición de **sacerdote** que le otorgaba una lógica autoridad moral, y una posición de confianza que, ganada también a base de regalos y atenciones a lo largo del tiempo que una vez alcanzada utilizó, siendo de apreciar un desnivel notorio entre las posiciones del acusado y de la víctima, en el que ésta se ha encontrado en una clara situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y el acusado se aprovechó deliberadamente de esa posición de superioridad y la especial vulnerabilidad de Consuelo por razón de su deficiencia mental y situación en la que se encontraba no solo por



la relación de confianza sino por buscar un lugar aislado de miradas ajenas, de forma que el **sacerdote** actuó, en este caso, consciente de que Consuelo tenía coartada su libertad de decidir sobre la actividad **sexual** impuesta, aprovechándose conscientemente de esta situación de inferioridad, diciéndole el acusado que no contara nada.

En definitiva, la situación de feligresa, la confianza en el depositada, el sometimiento a la autoridad del **sacerdote** acusado, la diferencia de edad, el lugar donde se desarrollaron los hechos, la parroquia, la búsqueda de aislamiento, justifican sobradamente tal elemento de prevalimiento, como situación de superioridad manifiesta que coarta, en consecuencia, la libertad de la víctima y que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27.2.04 justifican la aplicación del tipo agravado por la mayor vulnerabilidad de la víctima, dada la edad mental especialmente corta, de unos 6 años de la víctima, otras circunstancias relevantes, tales como que los padres permitían que acudiera a la parroquia de la que eran vecinos y a la que iba con cierta frecuencia encomendándose al cuidado del **sacerdote**, siendo en una de esas ocasiones cuando se ejecutaron los actos típicos.

Circunstancia espacial y ambiental que añade, indudablemente, un "plus" de desvalimiento sobre la víctima y que, evidentemente, ha de suponer la situación de "especial vulnerabilidad" que puede conducir, junto con la edad mental y la enfermedad, a la aplicación del supuesto agravado del artículo 182.2º del Código Penal, en la que igualmente concurre una situación de superioridad por el ascendente que tenía el párroco sobre la incapaz, quien acudía a los oficios dominicales, siendo imbuida de la figura pastoral, oyendo al acusado predicar sobre las bondades de hacer el bien de modo que la víctima no recelaba de su actuar y seguía las directrices de quien creía un modelo a seguir, lo que a ojos de la incapaz, le colocaba en una situación por encima del resto de las personas.

No existen pues los errores que se alegan, ya que en los hechos probados de la sentencia impugnada, se alude a la condición de **sacerdote** del acusado, al ejercicio del sacerdocio en una parroquia cercana a la casa de la víctima, al lugar solitario donde se desarrollaron, la relación de confianza, los regalos entregados a Consuelo y la edad mental y enfermedad mental padecida por ella, que permiten la aplicación de la agravación señalada.

SEXTO.- El apelante finalmente, no está de acuerdo con la indemnización de 18.000 euros, cuantificada en 3.000€ por daños morales y 15.000€ derivados de la secuela consistente en la aparición de la epilepsia, pues cuestiona que haya existido daño moral y que dicha aparición se haya derivado de los hechos que se le imputan al acusado, al margen de que no considera ciertos los hechos que se estiman probados. Añade que no aparece afectación psicológica y que no existe una relación de causa-efecto entre los hechos que se imputan y esos ataques convulsivos.

En cuanto al importe de las indemnizaciones solicitadas no puede olvidarse con arreglo a lo previsto en el art. 113 del C. Penal que cuando se trata de la indemnización de daños morales, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones (S.T.S. 416/97, de 24 de marzo EDJ 1997/2541 y Auto 12-5-2000 EDJ 2000/30440). Pese a la negación de la defensa de que Consuelo se hubiese visto afectada por los hechos, muestra de ello es que Consuelo llegó a decir que lo que quería es que al acusado le dieran dos bofetadas con sentimiento de rabia y animadversión, con una afectación social según declaró el perito Sr. Sergio que le repercutía internamente. En este sentido, el informe forense de fecha 14 de diciembre de 2006 elaborado por el Dr. Ángel , evidenciaba lo pernicioso de la nueva exploración de la víctima para realizar el informe pericial que interesaba la defensa, por la rememoración de los hechos lo que podría ser altamente perjudicial para ella, pues se dice "este tipo de víctimas requiere una evaluación, manejo y trato muy cuidadoso, que aconsejan los mínimos interrogatorios e intervenciones periciales a efectos de evitar al máximo una victimización secundaria". De acuerdo pues, con los criterios generales expuestos en la sentencia y autos mencionados del Alto Tribunal, se entiende adecuada la indemnización de 3.000 euros acordada en la sentencia.

Con respecto a la relación causa-efecto entre los hechos y la aparición de crisis de epilepsia, hemos de remitirnos a lo señalado en el fundamento jurídico IV de esta sentencia, ya que si bien la epilepsia tiene un componente orgánico con origen en la hipoxia perinatal que sufriera Consuelo , según los peritos que han depuesto en el plenario, tanto el Dr. Clemente perteneciente al Hospital General D'Igualada Unitat de Diagnostic Rápido y el médico Forense Dr. Luis Andrés , la causa más frecuente de que aparezcan las crisis comiciales se debe a una situación de estrés. Teniendo en cuenta que Consuelo cuando sucedieron los hechos tenía 24 años de edad física y que hasta ese momento no había sufrido ninguna crisis comicial y que ocurridos los hechos en el mes de junio de 2000, y siendo la primera en septiembre de ese mismo año, es



evidente que las crisis tonico- clonicas generalizadas que sufre a partir de ese momento, surgieron a raíz de los hechos, bien fuera, como señala la sentencia de instancia, por el impacto del **abuso sexual** o la repercusión en su entorno social, lo que constata clara y directamente que esa secuela se vincula con el padecimiento de un suceso de las características del que se denuncia. El mismo informe forense mencionado de fecha 14 de diciembre de 2006, respecto a los posibles secuelas señalaba que "...cabe suponer que tratándose de una víctima con retraso mental moderado, presenta una capacidad de afrontamiento más deficitaria que la población normal. Por lo tanto, su capacidad de afrontar sucesos como el presente , podría conllevar un mayor riesgo de victimización", finalmente añadía respecto a las secuelas que "...podría manifestarse de forma variable como cuadros ansiosos, depresivos, crisis de angustia u otro tipo de procesos adaptativos, en el caso de que se presentaran". Se desestima por ello el motivo.

SÉPTIMO.- Procede declarar de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos aplicables al caso y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Carlos Miguel contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2006, dictada en el curso del procedimiento abreviado número 185/04 del Juzgado de lo Penal nº1 de Barcelona, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente el fallo de aquella sentencia declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese en debida forma a las partes la presente sentencia.

Llévese el original al legajo correspondiente haciendo las anotaciones oportunas en los libros de este Tribunal.

Devuélvanse las actuaciones originales al Juzgado de procedencia los autos originales con libramiento de testimonio de la presente resolución a los efectos legales oportunos, de lo que se remitirá acuse de recibo para constancia en el Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Seguidamente, en la misma fecha fue publicada la anterior sentencia con las formalidades legales, doy fe.

DILIGENCIA.- Por medio de la presente, en el mismo cuerpo documental de la sentencia anterior y a continuación de la misma, se informa a las partes que contra la misma no cabe recurso ordinario, salvo los extraordinarios en los supuestos legalmente previstos, doy fe.