



Roj: **SAP B 10293/2010 - ECLI: ES:APB:2010:10293**

Id Cendoj: **08019370072010100530**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **7**

Fecha: **13/10/2010**

Nº de Recurso: **36/2009**

Nº de Resolución: **794/2010**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **ANA INGELMO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN SÉPTIMA

ROLLO Nº 36/2009

SUMARIO Nº 3/2009

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 4 DE L'HOSPITALET DE LLOBREGAT

S E N T E N C I A N º

Ilmos. Sres.

Dª. ANA INGELMO FERNÁNDEZ

D. DANIEL ALFONSO LASO

Dª. ANA RODRÍGUEZ SANTAMARÍA

En la ciudad de Barcelona, a trece de octubre de dos mil diez.

VISTA, en nombre de S.M. el Rey, en juicio oral y público ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial, la presente causa nº 3/2009, rollo nº 36/2009 procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat, por el delito de abuso sexual contra el acusado Jesús Carlos , de 31 años de edad, hijo de Lluís y de Pepita, natural de Esplugua de Francolí y vecino de Barcelona; sin antecedentes penales, solvente, en libertad provisional por la presente causa, representado por el Procurador D. ÁNGEL MONTERO BRUSELL y defendido por el Letrado D. JAVIER SELVA PRIETO, siendo parte el MINISTERIO FISCAL y Acusación Particular, en representación del menor Alfonso , Sonsoles , representada por la Procuradora Dª. CARME CHULIO PURROY y asistida por el Letrado D. CARLOS RAMÓN CHINCHILLA SALIDO; y Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. ANA INGELMO FERNÁNDEZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se declara probado que el acusado Jesús Carlos , mayor de edad, sin antecedentes penales, durante el curso 2006-2007, en la **parroquia** del barrio de Bellvitge, de Hospitalet de Llobregat, ejerció de tutor del menor Alfonso , que contaba con 10 años de edad y padece un trastorno generalizado del desarrollo con un grado de disminución del 40%.

El menor acudía a la **parroquia** los martes y permanecía con el acusado unas dos horas. Circunstancia que el mismo aprovechó para bajar, en compañía del menor, al sótano del edificio, donde, en una de sus dependencias, en un número de ocasiones no determinado, tras ordenar al menor que se quitara la ropa, lo penetraba analmente y le efectuaba tocamientos de contenido sexual.

El menor, en el verano de 2007 contó a sus familiares lo sucedido de forma espontánea.



El procesado ha consignado 24.000 euros con el fin de resarcir al menor.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito continuado de Abuso Sexual, comprendido y penado en los artículos 181.1 y 2, 182.1 y 2, 180.1º y 3º y 74 del Código Penal, estimando como responsable del mismo en concepto de autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y pidió se le impusiera la pena de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta, prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima por tiempo de 20 años y pago de costas, y a que en concepto de indemnización satisfaga al perjudicado la suma de 24.000 euros, solicitando igualmente se le abone el tiempo de prisión provisional sufrida.

La Acusación Particular en igual trámite calificó en los mismos términos que el Ministerio Fiscal y solicitó una indemnización de 100.000 euros.

TERCERO.- Por su parte la defensa del acusado solicitó su libre absolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el enjuiciamiento de los ilícitos penales hay que partir del principio de presunción de inocencia consagrado en el Art. 24 de la Constitución Española que exige que la acusación aporte una mínima actividad probatoria que pueda considerarse de cargo.

La declaración de la víctima puede constituir única prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que la misma merezca credibilidad. El Tribunal Supremo ha establecido una serie de parámetros para valorar la declaración de la víctima, y poder otorgarle valor de prueba de cargo. La Sentencia del T.S. de 6 de julio de 2010, recoge estos parámetros: 1º) criterio de la incredulidad, 2º) criterio de verosimilitud del testimonio que debe estar basada en la lógica y en el apoyo de datos objetivos y 3º) persistencia en la incriminación. En este caso la declaración de la víctima es la prueba con la que cuenta la Sala para establecer el fallo condenatorio. El primer problema para establecer la verosimilitud del testimonio del menor es su enfermedad mental, que limita su capacidad para determinar los hechos con total exactitud. No obstante la Sala le concede credibilidad, tras valorar su declaración en el acto del juicio oral, la que consta grabada, que fue dirigida por los psicólogos del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal, las testificales practicadas en el acto del juicio oral y la prueba pericial. La prueba practicada permite establecer que el menor contó espontáneamente lo ocurrido, cuando ya no tenía clases de recuperación con el acusado, y estaba fuera de la influencia del mismo. Siendo importante resaltar que el menor no conocía, y no conoce en qué consiste una relación sexual, lo pudo apreciar la Sala en la declaración del menor prestada en su presencia, y ello aunque el menor utilice palabras como violación o pederasta, esas palabras las ha aprendido de los adultos pero desconoce su contenido. Su testimonio ha perdido espontaneidad porque han sido muchos los adultos que lo han interrogado sobre los hechos, su familia, su psicóloga, su tutora, personal de la parroquia, etc., lo que lleva al menor a añadir nuevos datos facilitados por los adultos, o añadidos por él, ante las preguntas que se le han formulado. Pero ciertamente el menor no conoce el contenido de una relación sexual, pero explica lo que le ocurrió y ello lo hace con gestos. Gesticuló ante el doctor Lucio del Hospital de San Juan de Dios, ante el testigo Pascual, miembro de la parroquia y gesticuló en la declaración grabada y los gestos están escenificando, sin lugar a dudas, una penetración anal.

Por otro lado, el menor relató que el procesado "le metía el pito por el culo y se orinaba dentro", lo que también evidencia que desconoce qué es una eyaculación y lógicamente para él el procesado lo que hacía era orinar, preguntado sobre ese extremo por los psicólogos responde que la orina le manchaba las piernas. También valora la Sala que el menor jamás habló de sexo con las personas cercanas. Así lo declaró su madre, su tutora en el colegio especial al que acude y su psicóloga. El menor tenía fantasías con el espacio y los planetas, pero nunca habló de sexo. Si desconoce lo que es una relación sexual y el sexo no era tema de su interés y debe tenerse en cuenta que el menor tiene mermados sus frenos inhibitorias, por lo que hubiera hablado libremente del tema si le hubiera interesado, resulta inexplicable que en un momento dado el menor cuente lo que le hacía el procesado y escenifique con toda claridad una penetración anal.

El menor durante todo el curso acudió a la parroquia y en ningún momento manifestó a su madre o a los otros miembros de la parroquia que no quisiera estar con el procesado, no consta que mostrara oposición alguna frente al procesado que le llevara a inventar los hechos. Además, como pusieron de manifiesto los psicólogos el menor no puede inventar y memorizar unos hechos como los que nos ocupan por sus propias características.

En cuanto a datos corroboradores de la declaración del menor se cuenta con la declaración de la madre, que manifestó que el menor ese curso estaba especialmente nervioso; la declaración de la tutora Ramona, la cual en el juicio oral manifestó que el menor ese curso tenía un comportamiento distinto, que se evadía y se

ponía a llorar, conducta que el año anterior no tenía; su psicóloga Teresa manifestó que ese curso estaba más inquieto. Todo ello es indicativo de que algo le estaba pasando al menor.

Se cuenta con prueba pericial: Don Lucio del Hospital de San Juan de Dios ratificó el informe emitido por el equipo médico, poniendo de manifiesto que el equipo consideró que el menor era creíble, y se calificó como probable abuso sexual, por considerar que lo que relataba el menor era algo vivido. Los psicólogos del E.A.T.P. ratificaron su informe, en el que concluyen que del relato del menor se desprende que nos encontramos ante la reproducción de un hecho vivido. Extremos que comparte la Sala a la vista de las dos declaraciones del menor y lo ya consignado sobre su total desconocimiento del contenido de una relación sexual.

La defensa presentó su propia pericial, que se practicó conjuntamente en el acto del juicio oral con el resto de peritos. Los peritos lo que han valorado es el contenido de la causa, no han hablado con el menor y en realidad se han limitado a manifestar que tienen dudas sobre la realidad de los hechos, pero no han establecido teoría alguna sobre incredibilidad del testimonio del menor. Ni en el acto del juicio pusieron de manifiesto cuáles eran las razones que les llevaban a discrepar de los otros peritos.

Por último en cuanto a la persistencia en la incriminación, tiene razón la defensa al decir que el menor aporta datos diferentes en sus diferentes manifestaciones. Pero como ya se ha dicho la declaración del menor ha perdido espontaneidad por haber contado los hechos a un número importante de adultos y haber sido interrogado por los mismos, con lo que el menor ha obtenido datos de los mayores y ha aportado datos mediatizados por las preguntas que se vio obligado a contestar. Pero en lo sustancial el menor siempre ha repetido lo mismo: los hechos los realizaba al procesado en el sótano de la **parroquia**, dato constatado, la **parroquia** tiene sótano y diversas dependencias, coincidiendo una de ellas con lo que describe el menor. En cuanto a los hechos el menor siempre relató que el procesado "le metía el pito en el culo, muy dentro, le hacía daño y se orinaba". Así lo relató a los adultos, a los médicos y psicólogos, y así lo relató en sus dos declaraciones judiciales.

La defensa alega que el menor manifestó que el procesado tiene todo el cuerpo quemado y que es un monstruo. En realidad el procesado padece una enfermedad cutánea, pero que sólo tiene una manifestación de aspecto quemado en el rostro y no en el cuerpo, ello es cierto y así lo han puesto de manifiesto los médicos- forenses, pero la Sala considera que se trata de una exageración del menor, cuyo estado mental no puede olvidarse, que no resta credibilidad a su declaración. Como tampoco se le resta el hecho de que ante los testigos Agueda y Pascual manifestara en primer lugar que los hechos ocurrieron en los lavabos, pues en definitiva los acompañó y les indicó el lugar del sótano donde habían ocurrido.

Por último, en cuanto a la falta de signos acreditativos de los hechos imputados, los peritos pusieron de manifiesto que resulta posible que las penetraciones no dejaran secuelas si no había habido desgarros importantes y que la dilatación del ano producida por reiteradas penetraciones desaparece en el plazo de dos o tres meses.

Por todo lo consignado, la Sala considera que la declaración del menor resulta creíble y que está describiendo un hecho vivido, descartándose que sea una fabulación o que haya sido inducido por terceras personas y por ello la valora como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

SEGUNDO.- Los hechos son constitutivos de un delito continuado de abuso sexual previsto y penado en los artículos 181.1 ° y 2 ° y 182.1 y 2° del Código Penal .

No ha podido determinarse el número de veces que ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento.

El menor manifiesta que ocurrieron todos los martes, que era el día que acudía a la **parroquia**. Pero la Sala considera que debe haber alguna exageración por parte del menor, pues no hay que olvidar sus limitaciones, que le incapacitan para determinar con exactitud todos los datos periféricos. Él relata lo que ha vivido y lo que ocurrió más de una vez, por ello la Sala tiene por probado que los hechos ocurrieron en un número de ocasiones no determinadas y que por tanto nos encontramos ante un delito continuado.

Los hechos configuran el delito de abuso sexual con penetración cometido contra un menor de 13 años, porque concurren los elementos configuradores del mismo. La víctima contaba con 10 años de edad cuando ocurrieron los hechos y fue objeto de penetración anal y otros tocamientos por parte del procesado.

También concurre el subtipo agravado del Art. 182.2° del Código Penal porque concurre la circunstancia 3ª del Art. 180 del Código Penal . El menor es una víctima especialmente vulnerable debido a la enfermedad mental que padece, trastorno generalizado del desarrollo. Con la estimación del subtipo agravado no se vulnera el principio "non bis in idem", porque el tipo básico se fundamenta en un hecho, la edad del menor, y el subtipo



agravado en un hecho distinto, la enfermedad mental de la víctima, que facilitó el hecho y fue aprovechado por el procesado para realizar su conducta.

TERCERO.- De dicho delito es responsable en concepto de autor el procesado al amparo de lo establecido en el Art. 28 del Código Penal .

La participación del acusado en los hechos imputados ha quedado acreditada por lo ya consignado en esta resolución.

CUARTO.- En la realización del referido delito ha concurrido la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de reparación del daño del Art. 21.5º del Código Penal . Esta circunstancia tiene un carácter objetivo y debe estimarse porque el procesado ha consignado 24.000 euros para resarcir a la víctima antes de la fecha del señalamiento del juicio oral. Cantidad que es la reclamada por el Ministerio Fiscal en concepto de responsabilidad civil.

En cuanto a la pena a imponer, la Sala considera que aunque el delito se califica como continuado, por haber realizado el procesado su conducta en más de una ocasión, dado que el Art. 74.3º del Código Penal permite no aplicar el párrafo 1º de dicho artículo cuando se trate de ataques a la libertad e indemnidad de un mismo sujeto pasivo, atendiendo a la naturaleza de los hechos o del precepto infringido, no se aplicará la pena en su mitad superior, pues esa continuidad no merece una reprochabilidad superior.

El Art. 182 del Código Penal establece una pena de 4 a 10 años de prisión y en el párrafo 2º, en el supuesto del subtipo agravado, que se ha apreciado en este caso, se establece que la pena se impondrá en su mitad superior, lo que supone una pena que va de los 7 a los 10 años de prisión. Concurriendo la atenuante de reparación del daño, se impone la pena mínima de 7 años de prisión, que se considera proporcionada a la culpabilidad del procesado.

Procede imponer la medida prevista en el Art. 57 del Código Penal en atención a la gravedad de los hechos y también para asegurar que el menor no se vea perturbado por la presencia del procesado. Así se impone la prohibición de acercarse al menor a una distancia de 1.000 metros y de mantener con el mismo cualquier comunicación por el plazo de 9 años. Debiendo cumplirse la pena de prisión y las prohibiciones de forma simultánea.

QUINTO.- En cuanto a la responsabilidad civil que nace del ilícito penal, el procesado deberá indemnizar al menor por el daño moral sufrido. En este caso no se ha podido determinar el daño psicológico sufrido por el menor, ya que el mismo tiene un daño psicológico, pero el daño moral es indiscutible. El Ministerio Fiscal reclama 24.000 euros, cantidad que consignó el procesado, y la acusación reclama 100.000 euros. Valorar el daño moral resulta muy difícil, pues no hay datos objetivos que permitan la cuantificación. La Sala valora la gravedad de los hechos, que se cometieron dentro de una **parroquia**, donde la madre dejaba a su hijo con absoluta tranquilidad, dada la entidad del lugar. Por ello se establece la cantidad de 30.000 euros en concepto de reparación del daño moral sufrido por el menor.

SEXTO.- Las costas se imponen a tenor de lo establecido en el Art. 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Incluyéndose las correspondientes a la acusación particular.

VISTOS los artículos de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado **Jesús Carlos** como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual previamente definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de reparación del daño a la pena de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, accesoria de prohibición de acercarse a **Alfonso** a una distancia de mil metros y de mantener ningún tipo de comunicación con él por el plazo de **NUEVE AÑOS**, medida que se cumplirá simultáneamente con la pena privativa de libertad y pago de las costas procesales incluidas las causadas por la Acusación Particular.

Por vía de responsabilidad civil abonará al Legal Representante de **Alfonso** la cantidad de **TREINTA MIL EUROS (30.000 €)**. Acredítese la solvencia del procesado.

Para el cumplimiento de la pena que se impone declaramos de abono todo el tiempo que haya estado privado de libertad por la presente causa, siempre que no le hubiera sido computado en otra.

Notifíquese que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Barcelona, en la misma fecha. En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ