



Roj: **SAP VA 1253/2014 - ECLI: ES:APVA:2014:1253**

Id Cendoj: **47186370022014100341**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **2**

Fecha: **19/11/2014**

Nº de Recurso: **21/2014**

Nº de Resolución: **346/2014**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **MARIA DE LOURDES DEL SOL RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 1253/2014,**
STS 2047/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

VALLADOLID

SENTENCIA: 00346/2014

C/ ANGUSTIAS S/N

Teléfono: 983 413475

N.I.G.: 47186 43 2 2013 0026875

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000021 /2014

Delito/falta: ABUSOS SEXUALES

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, Ricardo

Procurador/a: D/Dª , FERNANDO RUIZ LOPEZ

Abogado/a: D/Dª , HORACIO PARRILLA LEOZ

Contra: Valeriano

Procurador/a: D/Dª LEIRE RODRIGUEZ HERNANDO

Abogado/a: D/Dª MARIA DEL HENAR ALVAREZ GARCIA

SENTENCIA nº 346/2014

=====

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FELICIANO TREBOLLE FERNANDEZ

D. FERNANDO PIZARRO GARCIA

Dª MARIA LOURDES DEL SOL RODRIGUEZ

=====

En VALLADOLID, a diecinueve de noviembre de dos mil catorce.

Vista en juicio oral y público, por esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid, la causa de Procedimiento Abreviado con el número Rollo de Sala 21/2014, seguida por delito de abusos sexuales, contra DON Valeriano , con DNI NUM003 , nacido el NUM004 de 1967, hijo de Pedro Jesús y de Antonieta , natural



de Irún (Guipúzcoa) y vecino de Villanubla (Valladolid), sin antecedentes penales y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Sra. Rodríguez Hernando y asistido de la Letrada Sra. Álvarez García, siendo parte como ACUSACIÓN PARTICULAR Don Ricardo , que interviene en interés de su hija menor de edad Marisa , representado por el Procurador Sr. Ruiz López y asistido del Letrado Sr. Parrilla Leoz, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de la acción pública.

Es Ponente la Magistrada D^a. MARIA LOURDES DEL SOL RODRIGUEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones fueron tramitadas por el Juzgado de Instrucción número Uno de Valladolid en virtud de diligencias remitidas por la Policía Municipal de Valladolid, dando lugar a la incoación de las Diligencias Previas 3316/2013, habiéndose practicado las diligencias probatorias que se estimaron procedentes.

SEGUNDO.- Con fecha 18 de Noviembre de 2013 se dictó por el Instructor Auto acordando, con arreglo a lo establecido en el artículo 779-1-4^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la prosecución del trámite de procedimiento abreviado.

El Ministerio Fiscal y la Acusación Particular presentaron escritos de acusación, con las pruebas de las que intentaban valerse para el acto del juicio.

Por Auto de 19 de Junio de 2014 se acordó la Apertura del Juicio oral contra Don Valeriano por un delito de abuso sexual, declarándose como órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa la Audiencia Provincial.

Se dio traslado de las actuaciones a la Defensa del acusado, que presentó su escrito de conclusiones provisionales y a continuación se remitieron los autos a esta Sala.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial, se formó el Rollo de Sala nº 21/2014, señalándose el día 31 de Octubre de 2014 para la celebración de las sesiones del juicio, con citación de las partes.

CUARTO.- En el día y hora señalados, comparecieron las partes y el acusado, practicándose las pruebas inicialmente propuestas y admitidas, suspendiéndose la vista tras las conclusiones de las partes, reanudándose el día 5 de Noviembre de 2014, quedando seguidamente los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, relató los hechos y estimó que los mismos eran constitutivos de un delito continuado de abuso sexual del artículo 183.1 y 4º D) en relación con el artículo 74.1 y 3 , 192 y 106 del Código Penal , considerando autor del mismo a Don Valeriano , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando que le fuera impuesta la pena de seis años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximación a Marisa a una distancia no inferior a 500 metros por tiempo de diez años y de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo periodo. Solicitó asimismo la imposición al amparo de lo dispuesto en el artículo 192 del Código Penal , de una medida de libertad vigilada por tiempo de ocho años, con el siguiente contenido conforme al artículo 106 del Código Penal : a)la de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o del puesto de trabajo, e)la prohibición de aproximarse a la víctima, f)la prohibición de comunicarse con la víctima, j)la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares, y pago de costas, y que indemnice a Marisa en la cantidad de 12.000 euros, cantidad que se incrementará con el interés correspondiente.

Solicitó además que, en cuanto a las medidas cautelares adoptadas que éstas se mantengan en la sentencia condenatoria, si esta lo fuere, incluso si es definitiva y en tanto no se proceda al cumplimiento de las penas privativas de derechos que le hubieran sido impuestas en la misma, en tanto no sean sustituidas por las resultantes del proceso civil iniciado por el padre de modificación de medidas, requiriendo a éste para que informe al Juzgado del resultado del procedimiento.

SEXTO.- La Acusación Particular modificó parcialmente en el plenario sus conclusiones provisionales y consideró que los hechos eran constitutivos de un delito continuado de los artículos 74.1 y 3 de abuso sexual a menor de trece años, del artículo 183.1 del Código Penal , considerando autor del mismo a Don Valeriano , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando que le fuera impuesta la pena de cuatro años y un día de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximación a la víctima y a su domicilio a distancia inferior a 500 metros, así como de comunicar con ésta por cualquier medio por tiempo de ocho años, y pago de costas,



incluidas las de la Acusación Particular, debiendo indemnizar a Marisa en la cantidad de 15.000 euros por los daños y perjuicios morales sufridos.

SEPTIMO.- Por la Defensa de Don Valeriano se solicitó su libre absolución, con declaración de oficio de las costas procesales.

HECHOS PROBADOS

Marisa, nacida el NUM005 de 2000, es hija de Don Ricardo y doña Alejandra, que se separaron de mutuo acuerdo en el año 2005, pasando a residir con la madre tanto Marisa como su hermana Marisol, en la vivienda sita en la CALLE002 nº NUM006, de la localidad de Villanubla (Valladolid).

Don Valeriano, mayor de edad y sin antecedentes penales, inició hace años una relación sentimental con Doña Alejandra, comenzando a convivir con ésta y sus hijas en el domicilio indicado en el año 2006 ó 2007. Por problemas de convivencia con su madre y con Don Valeriano, Marisol en el mes de Octubre de 2012 se marchó a vivir con su padre en la CALLE003 NUM007, NUM008 de la localidad de Villanubla (Valladolid), estando de acuerdo con este cambio su madre, de tal forma que ni siquiera se comunicó al Juzgado que había conocido de la separación matrimonial, llevándose el cambio de residencia de Marisol, que era menor de edad, de forma consensuada entre sus progenitores.

A principios del mes de Abril de 2013, Don Valeriano, en fecha que no ha sido exactamente concretada, aprovechando la relación de convivencia con Doña Alejandra y Marisa, y con la excusa de ayudar a esta última en sus tareas escolares, accedió a la habitación en la que se encontraba Marisa estudiando, mientras su madre estaba en la planta baja de la vivienda, se colocó detrás de Marisa mientras ésta se encontraba sentada delante del ordenador y la tocó el pecho por encima de la ropa, diciéndole Marisa que parase, sin que Don Valeriano continuara con estos tocamientos. Este mismo comportamiento lo tuvo Don Valeriano con Marisa en otras ocasiones, cuyo número y fecha no ha sido precisado, aunque sucedieron todas ellas entre los meses de Abril y Mayo de 2013.

Un Sábado que no ha sido concretado exactamente pero del mes de Abril de 2013, encontrándose Doña Alejandra trabajando y Don Valeriano y Marisa solos en la vivienda, esta última salió a la calle para ver a los niños de las comuniones, percatándose en ese momento de que no había cogido las llaves del domicilio, por lo que ella volvió a casa para recogerlas, abriendo la puerta Don Valeriano que, en la planta baja de la vivienda, dijo a Marisa que quería ver su sujetador nuevo, y al negarse ésta a enseñárselo la dijo que si no tenía suficiente confianza con él para mostrárselo, que ella tenía un complejo de tener los pechos demasiado grandes pero que él creía que tenía un pecho muy bonito, intentando levantarle la camiseta y tocarle el pecho, sin conseguir subir la prenda y sin que se haya acreditado que en esa ocasión llegara a tocarle el pecho.

Al menos en dos ocasiones en el mes de Abril de 2013, Don Valeriano, con la excusa del auxilio a Marisa en sus tareas, entró en la habitación de ésta, que se encontraba estudiando sentada o tumbada en la cama, y puso la mano a Marisa en los genitales, por encima de la ropa. Marisa le dijo que tenía sueño y que quería dormir y le apartó la mano, marchándose Don Valeriano de la habitación.

Esta situación provocó en Marisa una sensación de miedo e intranquilidad, sin que se atreviera a contar estos hechos a su madre, porque no tenía la certeza de que fuera a creerla, y sin que tampoco se lo contara a su padre o a su hermana Marisol, porque no sabía qué reacción podían tener y porque se avergonzaba de lo sucedido.

El día 31 de Mayo de 2013, alrededor de las 20 horas, Marisa estaba manteniendo una conversación a través de Tuenti con su amigo Saturnino, al que le contó que el novio de su madre "le tocaba las..." y que la decía que le enseñara su sujetador nuevo, que la había intentado subir la camiseta y que la tocaba, que la había tocado "sus partes", afirmando que "la había tocado las de arriba" y que "la de abajo se la tocó dos veces o así", que el día de las comuniones intentó subir su camiseta, insistiendo Saturnino en que se lo contara a su madre.

Tras esta conversación, Marisa continuó sin contar estos hechos ni a sus padres ni a su hermana. En una excursión que hizo con su colegio, en fecha que no se ha concretado pero en cualquier caso entre el 1 y el 19 de Junio de 2013, Marisa y sus compañeros estaban en un bar y a su amiga Lorena le pareció que Marisa estaba triste, por lo que la preguntó que qué la ocurría, marchándose las dos al baño donde Marisa le contó lo que sucedía con el compañero de su madre, contándose lo más tarde, ese mismo día, a sus amigas Consuelo y Flora, insistiendo sus amigas en que tenía que contárselo a alguien "por si iba a más", por lo que el día 19 de Junio, Marisa le contó lo que ocurría a una de sus profesoras, Doña Ofelia, que a su vez se lo comunicó a la Directora del Instituto, Doña Tomasa. Esta citó a la madre de Marisa y a la Policía Municipal para el día 21 siguiente, narrando de nuevo los hechos Marisa ante su madre, Doña Ofelia, Doña Tomasa y los agentes de la Policía Municipal, sin que Doña Alejandra otorgara credibilidad en ese momento a las manifestaciones de Marisa, sin que tampoco lo haya hecho con posterioridad.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal formula acusación contra Don Valeriano por un delito continuado de abuso sexual sobre persona menor de trece años del artículo 183.1 del Código Penal, en el subtipo agravado del artículo 183.4.d) del mismo texto legal, por haberse prevalido el acusado de una relación de superioridad respecto de la víctima, ciñéndose el escrito de calificación de la Acusación Particular, tras la modificación realizada en el plenario, al delito continuado de abuso sexual sobre persona menor de trece años, del artículo 183.1 del Código Penal.

Frente a las acusaciones contra él dirigidas, Don Valeriano ha negado en todo momento los hechos, y señaló en el juicio oral que él creía que lo declarado por Marisa era por influencia de su padre, ya que Don Ricardo quería hacerse con la custodia de sus hijas y no podía soportar que estuvieran con él, y que a medida que las hijas han ido creciendo, la influencia del padre ha sido mayor, teniendo éste además mejor capacidad económica, de forma que se ha ido haciendo con la voluntad de las menores mediante regalos, por lo que el Sr. Valeriano manifestó que Don Ricardo tiene mucho que ver con esta denuncia. Añadió que Marisa cambió de carácter cuando fue al Instituto, que se hizo muy rebelde y que él se ha limitado a apoyar a la madre cuando tenía discusiones con las hijas, negando que él hubiera entrado por iniciativa propia en la habitación de Marisa cuando ella estaba sola, indicando que, cuando lo hizo, fue por solicitud de Marisa para que la ayudara con los deberes de Francés, permaneciendo él dos o tres minutos en la habitación ya que lo que pretendía Marisa era que él hiciera el trabajo por ella, negándose él, negando asimismo que él le hubiera hecho a Marisa comentarios sobre su forma de vestir ni sobre su ropa interior.

En el trámite previo del juicio oral, la Defensa manifestó que impugnaba expresamente los folios 178 a 210 de los autos, que es el documento aportado por la Acusación Particular, como correspondiente a la conversación mantenida a través de Tuenti entre Marisa y su amigo Saturnino, por no haber estado presente la Defensa en el momento de su extracción, por no haber certeza sobre las fechas, por no haberse obtenido esta conversación del servidor de Tuenti y carecer esta impresión de fiabilidad, ya que puede haber sido manipulada. Asimismo, la Defensa impugnó el informe de valoración psicológica, emitido por la Psicóloga del Instituto de Medicina Legal con carné profesional PS100, ya que no se ha grabado la entrevista entre la psicóloga y Marisa y no hay acta de esa entrevista.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular se opusieron a estas impugnaciones, acordándose que estos extremos serían resueltos en sentencia.

Las impugnaciones de la Defensa deben ser desestimadas, respecto de la conversación de Tuenti cuya impresión fue aportada por la Acusación Particular, porque las dos personas que la mantuvieron, Marisa y su amigo Saturnino, en el plenario han manifestado que efectivamente mantuvieron esa conversación y en esos términos, sin que ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación, que consta no solamente aportada por la Acusación Particular en los folios 178 a 190 sino también en las fotografías que del teléfono móvil de la menor adjuntó la Guardia Civil (folios 199 y siguientes), ya que según consta en el oficio, Marisa accedió en su presencia a su cuenta de Tuenti a través de un ordenador, pero el historial solo permitía retroceder hasta el 26 de Octubre de 2013, por lo que únicamente pudieron visualizarlo a través de la aplicación de Tuenti para teléfonos móviles, haciendo los agentes fotografías de las pantallas correspondientes a la conversación, que coinciden exactamente con las hojas impresas que fueron aportadas por la Acusación Particular. Precisamente, en el escrito con el que se adjuntaban estas impresiones, la Acusación Particular facilitó las claves personales de Marisa en Tuenti y solicitaba que, si había alguna duda técnica o probatoria, que se oficiara a "Tuenti España", indicando su dirección, para que se certificara el contenido de esa conversación, sin que la Defensa haya hecho petición alguna al respecto. Teniendo en cuenta que tanto Marisa como Saturnino han reconocido el contenido de la conversación que se ha facilitado tanto por la Acusación Particular como por la Guardia Civil, no puede estimarse la impugnación de la Defensa, quedando dicha documental dentro del acervo probatorio para su valoración con el conjunto de las restantes pruebas que han sido practicadas.

En relación con el informe de valoración psicológica que obra en los folios 116 y siguientes, éste ha sido ratificado en el plenario por la Psicóloga del Instituto de Medicina Legal, sin que exista obligación de grabar la entrevista que se llevó a cabo entre la Psicóloga y la menor, y sin que la STS de 14 de Octubre de 2014, invocada por la Defensa en el trámite de informe, tenga relación con el supuesto ahora examinado, ya que dicha resolución se refiere a aquellos supuestos en los que, por la edad del menor que sufre la agresión sexual (en el supuesto de la resolución citada, una niña de 4 años) se prescinde de su examen en el juicio oral (en el supuesto de la resolución citada, la menor no fue explorada ni en instrucción ni en el plenario), pero, para salvaguardar el derecho de defensa, se exige que se grabe la exploración que hace el Psicólogo al menor, y que la Defensa pueda realizar preguntas al menor, aunque sea a través del Psicólogo que de forma directa realiza la exploración, sustituyendo esa grabación al examen del menor en el plenario.



Pero en este supuesto, se trata de un informe de valoración psicológica que en ningún caso sustituye a la exploración de la menor, que se ha llevado a cabo tanto ante la Guardia Civil, como ante el Juzgado de Instrucción como en el juicio oral, donde la Defensa pudo formular a Marisa todas las preguntas que estimó oportunas, por lo que la impugnación que de inicio se hizo por la Defensa no puede ser acogida, entrando por tanto esta pericial en el conjunto de pruebas que han de ser objeto de valoración.

SEGUNDO.- El Tribunal Constitucional en la Sentencia 126/2010, de 29 de Noviembre, indica que la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso, puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador (STC 258/2007 de 18 de diciembre).

En igual sentido, la STS de 5 de Junio de 2013 establece que la declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aunque sea la única prueba concurrente, lo que es frecuente que suceda en casos de agresión sexual, porque al buscar el acusado para la comisión de los hechos delictivos un ámbito íntimo, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferente. Por ello, es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, si bien con el objetivo de evitar los peligros que podría conllevar para el esclarecimiento de la verdad una prueba exclusivamente asentada en la declaración de la víctima, para la validez de dicha prueba la jurisprudencia ha exigido (aunque no de forma exclusiva ni excluyente) requisitos tales como: a) Ausencia de incredulidad subjetiva, con exclusión esencialmente de todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza; b) Verosimilitud, en cuanto que todas las corroboraciones periféricas abonen la realidad del hecho; y c) Persistencia y firmeza del testimonio (STS de 13 de Septiembre de 2007 y ATS de 2 de Junio de 2011).

Es evidente que, atendiendo a los hechos por los que se formula acusación, no hay más prueba directa en este supuesto que el testimonio de la menor Marisa ya que, según la narración de ésta, la conducta se lleva a cabo sin presencia de terceras personas y sin que los hechos que ella narra dejen ningún vestigio, ya que se trata de tocamientos en el pecho y en los genitales por encima de la ropa.

Por ello, cobra especial relevancia la valoración de la credibilidad del testimonio de Marisa, que ha sido negada por la Defensa, que hizo hincapié en su informe en la existencia de contradicciones entre las sucesivas declaraciones prestadas por Marisa, en que el testimonio de ésta, por la imprecisión en cuanto a las fechas, le causa indefensión, considerando que Marisa ha faltado a la verdad porque el acusado es un obstáculo en la relación con su madre, ya que considera que él es el culpable de que su hermana se fuera de casa y además Don Pedro Jesús apoyaba a Doña Alejandra ante su hija, por lo que considera que todo es una invención de la niña, que además no presenta ningún comportamiento extraño que sería propio ante unos hechos como los que fueron denunciados.

Es cierto que Marisa no ha concretado las fechas exactas en las que ocurrieron los hechos, debiendo atenderse especialmente a su edad para valorar su testimonio, siendo obvio que sus referencias no pueden ser las que facilitaría un adulto, ya que una niña de doce años toma como hito elementos distintos a una persona mayor de edad, pero partiendo de esta premisa, no puede estimarse que no existan datos que permitan concretar el periodo de tiempo en el que se desarrollaron los hechos, habiendo mantenido Marisa de modo constante que la primera ocasión en que el acusado la tocó fue tras la Semana Santa de 2013, que ella pasó con su padre, y teniendo en cuenta que el Viernes de Semana Santa fue en 2013 el día 29 de Marzo de 2013, y que la primera vez que Marisa cuenta lo sucedido a alguien es el 31 de Mayo de 2013 (a su amigo Saturnino en Tuenti), los hechos se llevan a cabo en esos dos meses de Abril y Mayo de 2013. Esta referencia es suficiente a los efectos de fijar el ámbito temporal en el que se suceden los hechos, sin que la falta de precisión en cuanto a la determinación numérica de los días concretos en los que éstos se llevan a cabo se pueda considerar que genere indefensión alguna al Sr. Valeriano.

Si bien es cierto que no ha habido uniformidad en las manifestaciones de Marisa en relación con el número de veces en las que el acusado la tocó el pecho o los genitales por encima de la ropa, también lo es que sí ha concretado a) que solo una de las ocasiones (era un Sábado y su madre estaba trabajando fuera de casa) ocurrió fuera de su habitación, que fue el día que iba a ver a los niños de las comuniones y se dejó las llaves en casa y al volver a por ella el Sr. Valeriano, en la planta baja de la vivienda, le pidió que le enseñara el sujetador e intentó subirle la camiseta, b) el resto de las ocasiones sucedieron en su habitación, dos cuando ella estaba tumbada o sentada en la cama, en las que el Sr. Valeriano puso su mano sobre sus genitales por encima de la ropa y al menos otras dos que le tocó el pecho por encima de la ropa cuando estaba sentada, siendo en relación con este último comportamiento donde Marisa apunta a que fueron más ocasiones aparte de estas dos, pero sin aportar datos que permitan concretar las fechas, bien de forma directa, bien por referencia a otros hechos.



Debe tenerse en cuenta que, desde la primera ocasión en la que narra los hechos a su amigo Saturnino por la conversación en Tuenti, Marisa ha descrito los hechos, en cuanto a los elementos nucleares de la conducta, de forma igual, tanto en lo que se refiere a las expresiones que le dirigió el acusado para que le enseñara la ropa interior, como a que cuando ella se niega a hacerlo él intenta subirle la camiseta, y a que en dos ocasiones la ha tocado en lo que ella denominó (también en el plenario) como "abajo" en referencia inequívoca a los genitales, y a que también le había tocado en sus partes "de arriba", en referencia al pecho.

Se ha insistido por el acusado y su Defensa en que Marisa ha inventado esta historia porque tiene rencor hacia el acusado pero, en primer lugar, debe destacarse que, Marisa no obtiene ninguna ventaja o beneficio con mentir en estos extremos, ya que si hubiera querido marcharse a vivir con su padre, el ejemplo de su hermana evidencia que no hubiera existido obstáculo que le impidiera hacerlo, ya que Marisol había abandonado el domicilio de su madre en Octubre de 2012 y lo hizo sin impedimento por parte de ninguno de sus progenitores, que ni siquiera comunicaron este cambio al Juzgado en el que se había seguido la separación. Tampoco tenía Marisa obstáculos para ver a su padre o a su hermana, ya que según han indicado, los dos domicilios se encuentran a unos cien metros, por lo que el contacto con su hermana, aunque ésta se hubiera ido de casa, lo podía mantener de forma constante. No se aprecia por tanto que Marisa obtuviera ningún beneficio por inventarse estos hechos, lo que se ve apoyado por el hecho de que Marisa siempre ha mantenido, en relación con la conducta del acusado, una misma versión: que la había tocado el pecho y los genitales por encima de la ropa, lo que revela la ausencia de interés en exagerar la acusación, puesto que podría haber referido tocamientos directos o comportamientos de mayor gravedad, y no lo ha hecho.

El proceso por el que Marisa finalmente cuenta estos hechos a un adulto es también lógico. Se cuestionó por la Defensa el hecho de que no se lo contara antes a su madre, a su padre o a su hermana y que lo hiciera a través de Tuenti a un amigo. Que no se lo contara a su madre obedece a una razón que las circunstancias posteriores han acreditado: Marisa no esperaba que su madre la creyera, sabía que su madre iba a creer a su compañero sentimental y no a ella y por eso no valoró la figura materna como la propia para recibir apoyo y comprensión frente al comportamiento del adulto y, de hecho, desde un primer momento, como lo han narrado la profesora y la Directora del Instituto, la Sra. Alejandra negó toda credibilidad a la narración de Marisa, y así se ha mantenido al menos hasta el juicio oral, hasta el punto de que, tras la denuncia de estos hechos, Marisa ha pasado a residir con su padre y así se mantiene en la actualidad, ya que su madre continúa viviendo con el Sr. Valeriano.

También es lógico que no se lo contara ni a su padre ni a su hermana, por la vergüenza que ella refería, por el miedo a la reacción que su padre podría tener, mientras que también es coherente con la edad de la menor y la forma en la que se desenvuelven sus relaciones (es usuaria habitual de Tuenti) que se lo contara a través de este sistema a un amigo, porque para ella el mantener una conversación por ese medio no es extraño (de hecho contó que con Saturnino hablaba por Tuenti todos los días) y porque al narrarlo sin tener enfrente al receptor no se ve condicionada por la reacción de esa persona. Es también lógico que al no contar de inicio con el apoyo de su madre y ante el temor y vergüenza por la posible reacción de su padre y hermana, tras contárselo a Saturnino, Marisa se atreviera a contárselo a sus amigas en la excursión, máxime si tenemos en cuenta que la iniciativa no partió de ella, sino que, como señaló Lorena, fue ésta quien le preguntó a Marisa qué le pasaba porque la veía triste, y se marcharon juntas al cuarto de baño donde le contó lo sucedido. Son sus amigas las que insisten para que se lo cuente a una profesora "porque si no va a ir a más", y es éste el motivo por el que finalmente se lo cuenta a Doña Ofelia, que es lo que pone en marcha el inicio de este procedimiento, por lo que el mecanismo por el que Marisa exteriorizó su angustia y tristeza por estos hechos es coherente con las circunstancias familiares que concurrían en ella y con la propia edad de la menor.

Por último, esta credibilidad de Marisa, que nace de todos los elementos descritos se ve corroborada por el informe de valoración psicológica, que obra en los folios 116 y siguientes, que se ha realizado por una Psicóloga del Instituto de Medicina Legal y Forense, por lo que no hay motivo alguno para dudar de la objetividad de quien lo emite, y que ha sido ratificado en el juicio oral, donde la perito explicó el método seguido para su elaboración y la justificación de sus conclusiones, en las que se determina que, atendiendo al análisis combinado del tipo de suceso relatado, los criterios de credibilidad, de validez y los otros datos obtenidos en la exploración, considera que el testimonio es "probablemente creíble". Preciso la perito que había realizado dos entrevistas a Marisa, y que además había tenido acceso a las declaraciones prestadas por ésta con anterioridad, y que no apreció en su testimonio que hubiera presiones por parte de ningún adulto, que el hecho de que la menor se auto corrigiera en su testimonio incrementaba la credibilidad de éste, como también lo hacía su falta de animadversión hacia el autor, que el contenido de los hechos esenciales que la menor narra no varía, y que el que no coincida el número de veces que ella narra que ocurrieron los hechos en las distintas declaraciones, también implica una mayor credibilidad, ya que en los relatos inventados hay una reiteración en la narración, y el hecho de que el relato no haya sido lineal incrementa su credibilidad.



En consecuencia, la falta de motivos espurios en las manifestaciones de Marisa , la forma en la que la menor exteriorizó lo que estaba ocurriendo con el compañero sentimental de su madre, su persistencia en cuanto al detalle de las conductas nucleares cometidas por el Sr. Valeriano , la espontaneidad que se deriva precisamente de la falta de concreción en cuanto al número de veces que ocurrieron los hechos y las fechas exactas en las que se produjeron, las testificales practicadas en el juicio oral en cuanto a la forma en la que Marisa fue describiendo lo ocurrido a las distintas personas y, finalmente, el resultado de la prueba pericial psicológica, configuran la declaración de Marisa como prueba apta para enervar la presunción de inocencia, acreditando los hechos que se han descrito anteriormente, cuyo contenido y finalidad sexual es inequívoco y no ha sido objeto de controversia.

TERCERO.- El artículo 183.1 tipifica la realización de actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años, indicando la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 , que mediante esta conducta, se lesiona no solo la indemnidad sexual, entendida ésta como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor.

En este sentido, la Jurisprudencia ha establecido, al tratarse de menores de trece años, una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento para mantener cualquier tipo de acto de contenido sexual, por no ser posible la concurrencia de la conciencia y libre voluntad exigible, considerando al menor incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual (STS de 2 de mayo de 2006).

El Ministerio Fiscal estima que la conducta del acusado se enmarca en el ámbito del subtipo agravado del artículo 183.4.d) del Código Penal , al haber cometido los hechos prevaliéndose de su situación de superioridad, prevalimiento que, como indica el Auto del Tribunal Supremo de 18 de Septiembre de 2014 , con cita de la STS de 28 de Junio de 2006 , "no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y la inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, lo que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima; y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de superioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo", apreciando el Alto Tribunal la concurrencia de prevalimiento en esa resolución ante la diferencia de edad entre la víctima y el agresor y las estrechas relaciones del agresor con la familia de la víctima, lo que determinaba confianza por parte de ésta y al aprovechamiento de estos extremos para cometer los delitos.

Estos parámetros concurren también en el supuesto ahora examinado, el acusado nació el NUM004 de 1967 y Marisa el NUM005 de 2000; es además evidente que su convivencia con la madre de Marisa desde hacía seis o siete años permitió el acceso a la menor en situaciones en las que terceros no lo hubieran tenido, como la entrada en su dormitorio y la permanencia en el mismo a solas con Marisa . Además, la relación sentimental con la madre de Marisa limitó la capacidad de reacción de la menor, ya que si el autor de los hechos no hubiera sido el compañero de su madre hubiera pedido auxilio desde un primer momento y seguramente le hubiera contado a Doña Alejandra lo sucedido desde el inicio.

Por último, debe considerarse que, como solicitan tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular, concurre en este supuesto la continuidad delictiva regulada en el artículo 74 del Código Penal ya que, como indica la STS de 18 de Junio de 2007 , es aplicable el delito continuado ante "una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes" y, además de la identidad en cuanto a los sujetos pasivo y activo del delito, se dan la pluralidad de actos análogos, que se prolongan en el tiempo bajo una misma situación que obedece a un dolo único, por lo que los hechos han de ser calificados en la forma interesada por el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- En la conducta de Don Valeriano no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que, atendiendo a la regla sexta del artículo 66 del Texto Sustantivo, procede imponer la pena en su límite inferior de cinco años y un día de prisión, que deriva de la aplicación a la pena prevista en el tipo básico de la agravación establecida en el artículo 183.4.d) del Código Penal y de la consecuencia penológica que el inciso final del artículo 74.1 del Texto Sustantivo establece para el delito continuado.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular solicitaron la imposición de una prohibición de aproximación a distancia inferior a 500 metros y comunicación con la menor por cualquier medio o procedimiento, que se interesa por un periodo de ocho años por la Acusación Particular y de diez años por parte del Ministerio Fiscal. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 en relación con el párrafo segundo del artículo 57.1 del Código penal y con el artículo 48.2 del mismo texto legal , es procedente la fijación de la



pena accesoria de prohibición de comunicación y aproximación a la menor en los términos señalados por un tiempo superior en un año a la pena privativa de libertad impuesta, es decir, durante seis años y un día.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 192 del Código penal, el Ministerio Fiscal solicita además la imposición de la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, siendo su imposición preceptiva al referirse la condena privativa de libertad a un delito comprendido en el mismo título y tratarse de un delito continuado, por lo que, atendiendo a la pena privativa de libertad que se impone, procede fijar la libertad vigilada por un periodo de cinco años, limitando su contenido a los mismos extremos que la pena accesoria del artículo 57 del Texto Sustantivo a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior y a la participación en un programa de educación sexual (que podrá realizar también durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad) ya que, en relación con el apartado a) no existen motivos que justifiquen que se imponga como medida tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad la obligación de comunicar cada cambio de domicilio o puesto de trabajo.

QUINTO.- En el ámbito de la responsabilidad civil, el Ministerio Fiscal solicita que se condene al Don Valeriano a indemnizar a Marisa en la cantidad de 12.000 euros en concepto de daño moral, solicitando la Acusación Particular por este mismo concepto una indemnización de 15.000 euros.

En relación con los perjuicios morales, la STS de 20 de Mayo de 2009 indica que las únicas exigencias que podrán deducirse de una pretensión indemnizatoria por daño moral serían la necesidad de explicitar la causa de la indemnización, la imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación y el atemperar las facultades discrecionales el Tribunal en esta materia al principio de razonabilidad.

Según estima la Jurisprudencia, el padecimiento de tipo psicológico no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico, y resulta evidente que, la ejecución de unos hechos como los que se han estimado acreditados en la presente resolución, sobre una niña de 12 años de edad, hija de la compañera del autor y con la que se convive desde hace seis o siete años, obviamente generan en ésta un padecimiento de tipo psicológico, habiendo indicado la Jurisprudencia de modo constante que los daños morales no es preciso que tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas (STS de 29 de Junio de 2001 y 29 de enero de 2005 , entre otras).

Por tanto, la comisión de unos hechos como los que se han declarado probados, sobre una niña de 12 años de edad, es obvio que genera un daño moral pero, para atemperar la indemnización a la entidad del daño ha de tenerse en cuenta, de un lado, que se trata de un delito continuado, y de otro, que tras cambiar Marisa su domicilio al de su padre, no ha vuelto a tener contacto alguno con el Sr. Valeriano , y no se indica en el informe de valoración psicológica que presente secuelas ni que haya precisado ningún tipo de tratamiento psicológico, habiendo señalado la perito en el juicio en relación con este extremo que la posibilidad de que haya secuelas depende tanto de la gravedad de los hechos como de la personalidad de la menor, por lo que, atendiendo a estos conceptos, se estima adecuado fijar como indemnización, por los daños morales derivados de la infracción cometida, la cantidad de 3.000 euros.

QUINTO.- A tenor de lo previsto en el artículo 123 del Código Penal en relación con los artículos 238 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , deben imponerse a Don Valeriano el pago de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.

Vistas las disposiciones legales del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal citadas, así como demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a DON Valeriano como autor de un delito continuado de abuso sexual sobre una menor de trece años, con prevalimiento derivado de su situación de superioridad, de los artículos 183.1 y 4.d) y 74.1 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS Y UN DIA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, con la pena accesoria de PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A Marisa Y A SU DOMICILIO A DISTANCIA INFERIOR A 500 METROS, Y DE COMUNICACIÓN CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO O PROCEDIMIENTO, DURANTE UN PERIODO DE SEIS AÑOS Y UN DIA, imponiendo además la MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA, a cumplir una vez que finalice la pena privativa de libertad, de PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A Marisa Y A SU DOMICILIO A DISTANCIA INFERIOR A 500 METROS, Y DE COMUNICACIÓN CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO O PROCEDIMIENTO DURANTE CINCO AÑOS, ASÍ COMO LA PARTICIPACIÓN EN UN PROGRAMA DE EDUCACIÓN SEXUAL (que podrá compatibilizar con el cumplimiento de la pena privativa de libertad), así como al abono de las costas



procesales, incluidas las de la Acusación Particular. En el ámbito de la responsabilidad civil, Don Valeriano deberá indemnizar a Marisa en la cantidad de 3.000 euros, cantidad que devengará el interés previsto en el artículo 576 de la LEC .

Notifíquese la presente Resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DIAS, siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el artículo 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ