

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede:

Sección: **2**

Fecha: //

Nº de Recurso: **91/2021**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

ALICANTE

PLAZA DEL AYUNTAMIENTO S/N

Tfno. Sentencias 966907426

Fax: 965169822/ correo:**EMAIL000**

NIG: 03014-43-2-2021-0005810

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario Nº 000091/2021**

Dimana del Sumario Nº 000712/2021,el JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1 DE ALICANTE

FISCALIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

Procesado: 3. Guillermo, 2. Andrea y 1. Federico

Letrado: AITANA MYRIAM SILVA PASTOR, AITANA MYRIAM SILVA PASTOR y NILDA MIRTA SARRAILLE

Procurador: MARIA PAZ DE MIGUEL FERNANDEZ, MARIA JOSE MERINO DIAZ y MARIA JOSE SOTO SOLER

SENTENCIA Nº 109/2023

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

D. FCO. JAVIER GUIRAU ZAPATA

Magistrados/as

D. JULIO JOSÉ ÚBEDA DE LOS COBOS

D^a. MARÍA CRISTINA COSTA HERNÁNDEZ

=====

En Alicante, a veintiuno de febrero, de dos mil veintitrés .

VISTA el día quince de febrero de dos mil veintitrés, en juicio oral y público por la Audiencia Provincial, Sección Segunda, de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. del margen, la causa procedente del JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1 DE ALICANTE, Sumario - 000712/2021, seguida por delito de **ABUSO SEXUAL**, contra **Federico**, con **NIF** n.º **NUM000**, nacido el NUM001/1980 en VALENCIA, hijo de Carlos Daniel y de Andrea, representado por la Procuradora D^a. MARÍA JOSÉ SOTO SOLER y asistido por la Letrada D^a. NILDA MIRTA SARRAILLE; contra **Andrea**, con **NIF** n.º **NUM002**, nacida el NUM003/1956 en ALICANTE, hija de Carlos Daniel y de Marina, representada por la Procuradora D^a. MARIA JOSE MERINO DIAZ, y asistida por la Letrada D^a TIFFANY ALEJANDRA VARGAS GUANTE; y contra **Guillermo**, con **NIF** n.º **NUM004**, nacido el NUM005/1963 en ALICANTE, hijo de Jose Pedro y de Coro, representado por la Procuradora D^a. MARIA PAZ DE MIGUEL FERNANDEZ, y asistido por la Letrada D^a TIFFANY ALEJANDRA VARGAS GUANTE, ejerciendo la Acusación

Pública el Ministerio Fiscal, representado por la Fiscal Iltrma. Sra. D^a ALICIA SERRA ABARCA, actuando como Ponente el Iltrmo Sr. Magistrado D. Francisco Javier Guirau Zapata.

I – ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N^o 1 DE ALICANTE, instruyó su Sumario - 000712/2021 contra **Federico, Andrea y Guillermo** en el que fueron acusados de un delito de **ABUSO SEXUAL**, siendo elevada la causa a esta Audiencia Provincial para continuar la correspondiente tramitación en el presente Rollo de la Sala n^o 000091/2021 de esta Sección Segunda.

SEGUNDO.- El MINISTERIO FISCAL, calificó los hechos en sus conclusiones definitivas como:

A) Un delito continuado de agresión sexual previsto en los arts. 178, 180.1.5^o y 74 CP con la redacción resultante tras la reforma operada por la L.O. 10/2022.

B) Un delito de agresión sexual del artículo 181.1 y 4 e) de Abuso sexual a menor de 16 años, previsto en los arts. 183 .1 y 4 d) CP con la redacción resultante tras la reforma operada por la L.O. 10/2022.

C) Un delito de violación en tentativa, previsto en los arts. 179, 180.1-4^o, 16 y 62 del C.P.

El Ministerio Penal consideró a Federico autor de los delitos A), B) y C), considerando a Andrea y a Guillermo cómplices de los delitos A) y C).

El Ministerio Fiscal interesó la imposición Federico, por el delito A) la pena de tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante la condena, libertad vigilada durante 5 años (art. 192.1); por el delito B) la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, libertad vigilada durante diez años (art. 192.1), así como la inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea retribuida o no, que conlleve contacto regular o directo con menores de edad, durante diez años, así como la privación de la patria potestad de la menor Matilde durante seis años (art. 192.3 C.P), por el delito C) la pena de doce años de prisión inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, libertad vigilada durante diez años, (art. 192.1).

El Ministerio Fiscal interesó la imposición a Andrea y Guillermo, por el delito A) la pena de un año de prisión, accesoria de inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo durante la condena, libertad vigilada durante cinco años (art. 192.1), por el delito C) la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, libertad vigilada durante diez años (art. 192.1)

Y las costas por terceras partes.

TERCERO .- Las DEFENSAS solicitaron la absolución de sus respectivos patrocinados.

II – HECHOS PROBADOS

UNICO.- El procesado **Federico**, mayor de edad, y sin antecedentes penales, reside en el domicilio sito en la CALLE000 CALLE001 de Alicante, junto con su madre, **Andrea**, domicilio en el que también pernocta algunos días **Guillermo**, pareja de la anterior.

Al mencionado domicilio también acuden tres hijos de **Federico**, Rosaura, nacida el NUM006/01, Matilde, nacida el NUM008/06, y el también menor Eloy, en cumplimiento del régimen de visitas establecido en el convenio regulador del divorcio de sus progenitores, durmiendo Rosaura y Matilde, en la misma habitación.

Que en la noche del día 23 al 24 de diciembre de 2020, estando las dos hermanas durmiendo en el referido domicilio, **Federico**, se introdujo en la habitación y, con propósito lascivo, le subió la parte superior del pijama a Matilde, tocándole los pechos y lamiéndole uno de los pezones, despertando Matilde, empujando a su padre hasta lograr sacarlo de la habitación.

Momentos después, el procesado **Federico**, volvió a la habitación, subiéndole el pijama a Rosaura, comenzando a tocarle los pechos.

No ha quedado acreditado que **Andrea** viera salir desnudo a su hijo de la habitación en la que dormían sus nietas Rosaura y Matilde, ni que **Andrea** y **Guillermo** tuvieran conocimiento de la conducta de **Federico** con sus hijas y la favorecieran con una conducta omisiva.

Desde aproximadamente septiembre de 2020, Rosaura, reside de forma permanente en el domicilio referido, por razón de estudios, estando su domicilio habitual en Villena, y en este periodo, el procesado **Federico**, padre de Rosaura, en varias ocasiones se introdujo por la noche en la habitación donde dormía Rosaura, subiéndole

la ropa, tocándole los pechos y genitales, logrando su propósito lascivo al quedar quieta y bloqueada Rosaura ante la conducta de su padre.

El día 17 de abril de 2021, sobre las 01:30 horas, **Federico**, entró en el dormitorio de Rosaura, le subió la parte superior del pijama, comenzó a darle besos en los labios, tratando Rosaura de apartarlo, quedando bloqueada por la situación, comenzando el procesado a tocarle la zona vaginal, poniéndose el acusado por detrás, bajándole el pantalón del pijama y las bragas, no acreditándose que intentara penetrarla anal o vaginalmente.

III - FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de:

-A) Un DELITO CONTINUADO DE ABUSO SEXUAL previsto en los arts. 181.1 y 5, y 74 CP.

-B) Un DELITO DE ABUSO SEXUAL A MENOR DE 16 AÑOS previsto en el 183.1 y 4 d) CP.

SEGUNDO: De los mencionados delitos es criminalmente responsable en concepto de autor **Federico** en virtud de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código Penal, por su acreditada participación en su comisión.

TERCERO: Como consecuencia de la vigencia del principio constitucional de presunción de inocencia, la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la parte acusadora, quien ha de probar los hechos constitutivos de la infracción criminal, rigiendo en el proceso penal la regla de que tan solo constituye prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la practicada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, inmediación y publicidad (STC 150/1989).

La declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

Como manifiesta la sentencia Tribunal Supremo nº 355/2015 de 28 May. 2015 (Conde-Pumpido Tourón), es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia.

El primer parámetro de valoración es la credibilidad subjetiva del testimonio (o ausencia de incredibilidad subjetiva, en la terminología tradicional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo).

La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan.

O de la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante los contundentes testimonios de Rosaura y Matilde, no detectando la Sala que padezcan deficiencia psíquica alguna que pueda afectar a su declaración, apreciando el Tribunal que tienen plena aptitud para relatar lo acontecido en los distintos episodios objeto de denuncia, sin que quepa cuestionar la credibilidad subjetiva de sus declaraciones.

La comprobación de la credibilidad subjetiva, desde la segunda perspectiva enunciada con anterioridad, consiste en el análisis de posibles motivaciones espurias, exigiéndose un examen del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre Federico y sus hijas, Rosaura y Matilde.

El Tribunal no aprecia la concurrencia de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad. Por el contrario, se aprecia la existencia de una buena relación entre Rosaura y su padre con anterioridad a los hechos, siendo incapaz el acusado de ofrecer razones que puedan explicar, de alguna manera, los motivos por los que su hija, con la que tenía una óptima relación, fabule con objeto de inculparle falsamente. Por otra parte, el hecho de que el padre pudiera oponerse a la relación de Matilde con un determinado chico se entiende que en modo alguno justifica que Matilde falsee la realidad de lo acontecido en la búsqueda de una falsa inculparción de su progenitor.

Rosaura manifiesta en el plenario que, en distintas ocasiones, fue objeto de tocamientos de sus pechos y de sus órganos genitales cuando se hallaba acostada, declaración corroborada por su hermana Matilde.

Matilde manifiesta, por su parte, que en la madrugada del día 24 de diciembre de 2020 su padre se introdujo en la habitación en la que dormía junto con su hermana Rosaura, tocándole intencionadamente los pechos, echándole Matilde de la habitación, retornando a la misma el acusado pocos minutos después para hacer lo mismo con su hermana Rosaura, no concurriendo dato indicio que arroje la más mínima sospecha de que las hermanas se hayan concertado para fabular e inculpar falsamente a su padre.

El Ministerio Fiscal acusa a Federico que en la noche del día 17 de abril de 2021, tras realizar tocamientos sobre Rosaura, se situó en la cama detrás de ella e intentó, sin conseguirlo, penetrarla anal y vaginalmente, extremo que no se entiende probado ante las dudas señaladas por Rosaura respecto a la pretendida penetración. El Tribunal entiende que no concurre prueba de cargo que permita acreditar que el acusado pretendiera culminar los tocamientos lascivos desplegados sobre Rosaura esa noche, penetrándola anal o vaginalmente. Inferir de la prueba practicada que el acusado tenía intención de acceder carnalmente a su hija y lo intentó, resulta contrario al principio informador del sistema del in dubio pro reo, manifestando jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que el principio de presunción de inocencia constituye un criterio informador del ordenamiento procesal penal y un derecho fundamental que ampara a todo ciudadano, precisando para ser desvirtuada dicha presunción de inocencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida de todas las garantías procesales que la legitimen, prueba de cargo que no concurre en este extremo, circunstancia que impide la apreciación del subtipo agravado del artículo 181.4 CP -y en el 179 tras la L.O. 10/2022-.

CUARTO: El Ministerio Fiscal imputa a Andrea a a Guillermo la comisión de los delitos A) y C) en calidad de cómplices.

No ha quedado acreditado que estos dos acusados tuvieran conocimiento de los actos lascivos realizados por Federico sobre sus hijas y, conociéndolos, no los impidieran. La prueba practicada no permite recoger en el relato de hechos probados de la sentencia que Andrea y Guillermo cooperasen a la ejecución de los hechos con actos anteriores o simultáneos, no siendo, pues, cómplices de los delitos perpetrados por Federico, procediendo, por tanto, dictar una sentencia absolutoria respecto de los mismos.

QUINTO: Federico, desde septiembre de 2020 hasta el 17 de abril de 2021 realizó, en repetidas ocasiones, actos atentatorios contra la libertad o indemnidad sexual de su hija Rosaura, nacida el NUM006 de 2001, actos de inequívoca e incuestionable naturaleza sexual como tocamientos de pechos y genitales, con evidente intención lasciva, realizados por la noche cuando Rosaura se encontraba acostada en su cama.

Los hechos son perfectamente subsumibles en el delito de abusos sexuales previsto y penado en el artículo 181.1 y 5 en relación con el 180 CP, en la redacción del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos, realizando el acusado, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, actos atentatorios de la libertad e indemnidad sexual de su hija Rosaura, prevaleciendo el acusado de su parentesco con la víctima al ser su padre. Tras la reforma del CP operada por la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual, los hechos serían subsumibles en el delito previsto y penado en el artículo 178.1 y 180.1.5ª CP.

Nos encontramos ante un delito continuado del artículo 74.1 y 3 CP al tratarse de una pluralidad de ataques a la libertad e indemnidad sexual de Rosaura, cometidos aprovechando idéntica ocasión.

Los hechos cometidos en la madrugada del 24 de Diciembre de 2020 perpetrados en la persona de Matilde -nacida el NUM008 de 2006- en los que le toca los pechos y le lame los pezones constituyen un evidente ataque a la libertad e indemnidad de una menor de 16 años, siendo perfectamente subsumibles la conducta en el delito de abuso sexual a menor de 16 años, previsto y penado en el artículo 183.1 CP, siendo aplicable el

subtipo agravado contemplado en el apartado 4 d) del mencionado precepto. Tras la reforma operada por la L.O. 10/2022 serían constitutivos del delito previsto en el artículo 181.1 y 4 e) CP.

SEXTO: Procede concretar en este apartado la pena a imponer a Federico correspondientes al delito continuado contra la libertad e indemnidad sexual perpetrado sobre Rosaura.

El artículo 181 CP en la redacción anterior a la entrada en vigor de la L.O. 10/2022 señala una pena de prisión de uno a tres años, debiendo imponerse la pena en su mitad superior por imperativo del apartado 5º en relación con el artículo 180.1.4ª. Por ello, la pena a imponer sería de dos a tres años de prisión. Tratándose de un delito continuado, la horquilla de la pena a imponer se extendería desde los 2 años y 6 meses de prisión a los 3 años.

Con la redacción actual, tras la reforma operada por la L.O. 10/2022, la pena sería de uno a cuatro años de prisión. Apreciándose el artículo 180.1.5ª, la pena se extendería desde los 2 a los 8 años, y entre los 5 y los 8 años años de prisión atendiendo a la continuidad delictiva.

Se entiende más favorable al reo la legislación anterior a la L.O. 10/2022, entendiendo el Tribunal adecuada, atendiendo a las circunstancias personales del acusado y a la gravedad y reiteración de los hechos, la pena de 3 años de prisión interesada por el Ministerio Fiscal.

SÉPTIMO: El delito perpetrado por Federico sobre su hija Matilde -nacida el NUM008 de 2006- es subsumible en el delito de abuso sexual a menor de 16 años (artículo 183.1 CP), delito sancionado en la redacción anterior a la L.O. 10/2022 con la pena de 2 a 6 años de prisión. Siendo aplicable el subtipo agravado contemplado en el apartado 4 d), la pena se extiende entre los 4 y los 6 años de prisión.

Con la redacción operada por la L.O. 10/2022 los hechos serían subsumibles en el delito de agresión sexual a menor de 16 años, delito sancionado en el artículo 181.1 con la pena de 2 a 6 años de prisión, siendo apreciable el subtipo agravado del apartado 4 d) la pena a imponer será en su mitad superior, esto es, de 4 a 6 años de prisión, extensión idéntica a la imponible con la redacción anterior a la reforma. La redacción del delito no es más favorable tras la L.O. 10/2022.

Procede condenar, pues, a Federico, como autor de un delito de abuso sexual a menor de 16 años previsto y penado en el artículo 183.1 y 4 d) a la pena de 4 años de prisión.

OCTAVO: En virtud del artículo 79 CP en relación con el 56 del mismo cuerpo legal, procede imponer al acusado Federico la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

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

En aplicación del mencionado artículo, procede imponer a Federico la medida de libertad vigilada con una duración de 6 años, medida que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

DÉCIMO: En aplicación de lo dispuesto en el artículo 192.3 CP, procede imponer a Federico la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior a tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia.

DÉCIMO PRIMERO: Que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 123 CP procede imponer a Federico la tercera parte de las costas causadas, declarándose de oficio las # partes restantes.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación.

IV – PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: -A) Que debemos condenar y **CONDENAMOS** al acusado **Federico**:

-a) Como autor de un **DELITO CONTINUADO DE ABUSO SEXUAL** previsto en los arts. 181.1 y 5, y 74 CP, a la pena de **3 AÑOS DE PRISIÓN**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de 1/6 de las costas causadas.

-b) Como autor de un **DELITO DE ABUSO SEXUAL A MENOR DE 16 AÑOS** previsto en el 183.1 y 4 d) CP, a la pena de **4 años de prisión**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de 1/6 de las costas causadas.

-c) Se impone la medida de **libertad vigilada** con una duración de **6 años** que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

-d) Se impone la pena de **inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo de 3 años** superior al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia

-B) Que debemos absolver y **ABSOLVEMOS A Andrea** de los delitos objeto de acusación, declarando de oficio # de las costas causadas.

-C) Que debemos absolver y **ABSOLVEMOS A Guillermo** de los delitos objeto de acusación, declarando de oficio # de las costas causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber que contra la misma cabe interponer, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 846 ter LECrim **recurso de apelación** ante la sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el **plazo de diez días** desde que se les hubiere notificado la sentencia, rigiéndose el recurso por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de la LECrim.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Extendida y debidamente firmada la anterior resolución definitiva en el día de hoy de su fecha, se procede a su publicación y depósito en la Oficina Judicial en la forma establecida en el art. 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doy fe.

PROTECCION DE DATOS DE CARACTER PERSONAL.- *Se advierte expresamente a todas las partes, testigos, peritos y demás personas que sean receptoras de la presente resolución que deben guardar absoluta confidencialidad de todos los datos de carácter personal obrantes en la misma, quedando prohibida la transmisión de dichos datos o su comunicación por cualquier medio o procedimiento de los mismos debiendo ser trasladados para los fines propios de la Administración de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en la LO 15/1999 de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que haya lugar en su caso. Se prohíbe en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de las víctimas o de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, así como la divulgación o publicación de imágenes o de sus familiares.*