



Roj: **SAP M 7397/2022 - ECLI:ES:APM:2022:7397**

Id Cendoj: **28079370302022100279**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **30**

Fecha: **18/05/2022**

Nº de Recurso: **1408/2021**

Nº de Resolución: **280/2022**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **ROSA MARIA QUINTANA SAN MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 30 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 12 - 28035

Teléfono: 914934388,914934386

Fax: 914934390

audienciaprovincial_sec30@madrid.org

GRUPO 3

37051530

AUDIENCIA PROVINCIAL SUM 1408/2021

SECCIÓN TREINTA Sumario 241/2021

Jdo. Instrucción nº 13 MADRID

S E N T E N C I A Nº 280/2022

Magistrados:

Carlos MARTIN MEIZOSO

Rosa Mª QUINTANA SAN MARTÍN (ponente)

Ignacio José FERNÁNDEZ SOTO

En Madrid, a dieciocho de mayo de dos mil veintidós.

Este Tribunal ha visto en juicio oral y público la causa arriba referenciada, seguida por el delito de continuado de abuso sexual.

El Ministerio Fiscal y la **acusación particular**, en nombre y representación de María Rosario , madre de la menor Africa , han dirigido la acusación contra Domingo , mayor de edad, con DNI NUM000 , nacido el día NUM001 /1989 en Montevideo (Uruguay), hijo de Eliseo y Apolonia , que ha sido representado por el Procurador Sr. Agustin Cruz Solis y asistido del Letrado Sr. José Antonio Sires García.

Domingo se encuentra privado de libertad por esta causa desde el 27 de enero de 2021.

La acusación particular, representada por el Procurador Sr. Junior Alberto Puffler y asistido del Letrado Sr. Dionisio Negueruela Jimenez.

ANTECEDENTES PROCESALES

I. En la vista del juicio oral, celebrada el pasado 9 de mayo de 2022, se practicaron las siguientes pruebas: interrogatorio del acusado, se reprodujo prueba preconstituida testifical de la menor Africa , testifical de María Rosario , Camila , Carlota , de los agentes de la Policía Nacional con carné profesional NUM002 , NUM003 ,



NUM004 , NUM005 , NUM006 ; pericial de las médico forenses Clara y Coral ; peritos de toxicología con carné profesional PN NUM007 y NUM008 ; peritos que analizaron restos de ADC con carné profesional NUM009 y PN NUM010 y PN NUM011 y NUM012 .

II.El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un **delito continuado de abuso sexual con penetración a un menor de 16 años, con prevalimiento de la situación de convivencia de los artículos 183, 1, 3 y 4 d) y 192.1** en relación con los artículos 55, 57.2, 48.2 y 3 y 74 del Código Penal.

Imputó la responsabilidad en concepto de autor al acusado, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó se le impusiera la pena DOCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Se le impondrá al procesado la prohibición de comunicar por cualquier medio con Africa así como a aproximarse a ella, a su domicilio y lugar de estudios y /o trabajo a una distancia no inferior a 500 metros, todo ello por un plazo de VEINTE AÑOS.

En atención a lo previsto en el art. 192 y 106.1.j) se le impondrá la medida de libertad vigilada durante CINCO AÑOS.

En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a Africa , a través de su representante legal en 30.000 euros como indemnización por el daño moral causado, con aplicación del artículo 576 LEC.

Costas del juicio.

III. La acusación particular, en nombre de María Rosario , madre de la menor Africa , calificó los hechos como constitutivos de un **delito continuado de abuso sexual con penetración a un menor de 16 años, con prevalimiento de la situación de convivencia de los artículos 183, 1, 3 y 4 d) y 192.1** en relación con los artículos 55, 57.2, 48.2 y 3 y 74 del Código Penal.

Imputó la responsabilidad en concepto de autor al acusado, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó se le impusiera la pena QUINCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Se le impondrá al procesado la prohibición de comunicar por cualquier medio con Africa así como a aproximarse a ella, a su domicilio y lugar de estudios y /o trabajo a una distancia no inferior a 1.000 metros, todo ello por un plazo de VEINTE AÑOS.

En atención a lo previsto en el art. 192 y 106.1.j) se le impondrá la medida de libertad vigilada durante DIEZ AÑOS.

En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a Africa , a través de su representante legal en 60.000 euros como indemnización por el daño moral causado, con aplicación del artículo 576 LEC.

Costas del juicio.

IV. La **defensa del acusado** solicitó la libre absolución.

HECHOS PROBADOS

Domingo (nacido en Uruguay el NUM001 /1989, de nacionalidad española, provisto de DNI NUM000 , sin antecedentes penales) es el tío por afinidad de la menor Africa en tanto está casado con Camila , que a su vez es hermana de Romeo , padre de los menores Sebastián y Africa , esta última nacida el NUM013 /2008.

María Rosario , madre de los menores citados, en el mes de noviembre de 2019, se fue a trabajar a los Países Bajos. El padre, Romeo , residía en una casa pequeña con su novia y sus suegros. Por tal motivo decidieron que los dos menores irían a vivir con sus tíos Camila y Domingo en su domicilio familiar, sito en la CALLE000 nº NUM014 , NUM015 , de Madrid, lo que así hicieron desde noviembre de 2019 hasta diciembre de 2020, existiendo entre ellos una relación casi de padres e hijos durante este tiempo.

En marzo de 2020, con motivo del confinamiento domiciliario decretado durante la primera ola de la pandemia de Covid-19, Domingo , con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, comenzó a mantener contactos sexuales con la menor Africa en diversas ocasiones, sin que haya podido ser precisada la fecha, pero al menos desde marzo de 2019 y hasta el 23 de enero de 2021. Dichos contactos consistían en penetraciones vaginales y anales en los que Domingo no usaba preservativo y tenían lugar con una frecuencia de dos o tres veces por semana, a excepción de cuando la menor tenía la regla. En el mismo periodo de tiempo, en fecha que no ha podido ser precisada pero en tres ocasiones, Domingo introdujo su pene en la boca de la menor y eyaculó en su interior, lo que la provocaba vómito, pese a lo cual accedía porque Domingo la decía que le gustaba.



Esta situación llevó a la menor Africa a pensar que tenía con Domingo una relación de pareja, e intercambiaban mensajes a través de WhatsApp en los que la menor tenía identificado al acusado como " Zurdo Domingo " diciéndose ambos que se amaban mucho, que se echaban de menos, llegando el procesado a expresar a la menor los celos que sentía.

Como las relaciones eran tan frecuentes y el acusado no utilizaba preservativo, comenzó a dar a la menor Africa pastillas anticonceptivas cuya composición no ha podido determinarse.

El día 25 de enero de 2021 María Rosario , cuando se encontraba con su hija Africa en el sofá del salón de su casa, sita en la AVENIDA000 NUM016 , NUM017 , de DIRECCION000 , vio que mantenía una conversación con una persona que le decía que la amaba mucho y que estaba celoso. Preguntó a la menor quien le escribía que la amaba y le respondió que era " Zurdo ", contando entonces a su madre las relaciones sexuales que había mantenido con Domingo .

Como consecuencia de estos hechos Africa sufrió trastorno de estrés postraumático con ansiedad, recuerdos recurrentes, desconexión del mundo presente, pesadillas, por el que precisó tratamiento terapéutico psicológico que inició en agosto de 2021 y mantiene hasta el momento actual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A.- El Ministerio Fiscal y la acusación particular, en representación de la madre de la menor Africa , imputan a Domingo la comisión de un delito continuado de los artículos 183.1, 3 y 4 d) del Código Penal.

Y, en efecto, la Sala entiende que los hechos son constitutivos de un delito de abuso sexual previsto en el art. 183.1 y 3 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, conducta consistente en la realización de actos que ataquen a la indemnidad sexual de un menor de 16 años.

En relación con el abuso no consentido sobre menores de dieciséis años, la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha establecido, como doctrina general, que el precepto contiene una presunción iuris et de iure que no admite prueba en contrario, de manera que siempre que la víctima tenga una edad inferior a los 16 años se considera que existen abusos sexuales no consentidos -dato que ha de apreciarse de forma objetiva y cronológica-, por lo que resulta imprescindible acreditar fehacientemente el hecho base de que la víctima sea menor en el momento de ocurrir los hechos. Africa contaba con una edad de 11 y 12 años en la fecha de los hechos, en tanto nació el NUM013 /2008.

Además concurre el **subtipo agravado del nº 3**: cuando el abuso sexual "consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías", que incorpora un plus de antijuridicidad por el especial alcance sexual del comportamiento. En el caso, ha resultado plenamente acreditado que el acusado penetró anal, vaginal y bucalmente a su sobrina política Africa . Actos de contenido sexual indiscutible. Tampoco cabe duda del propósito libidinoso que inspiró la actuación del sujeto activo.

En la realización de todos los hechos descritos debemos además apreciar **el subtipo agravado del número 4 d)**: "Cuando para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima".

El Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, en su reciente auto de 22-04-2021, nº 265/2021, rec. 5217/2020, remitiéndose a la jurisprudencia de esa Sala, dice que la razón de ser de esta agravación no es otra que la facilidad ejecutiva que proporciona el vínculo parental (STS 173/2004, de 12 de diciembre) o asimilado, como pareja de la madre (STS 957/2013, de 17 de diciembre), ya que el prevalimiento contemplado por el precepto, apoyado en la relación de parentesco o superioridad, se fundamenta en la facilidad que proporciona para la ejecución del hecho delictivo la situación de superioridad o parental que concurra en el caso concreto, lo que implica que la conducta delictiva sea perpetrada con un plus de antijuridicidad y de culpabilidad que justifica la exasperación de la cuantía de la pena (STS 657/2016, de 19 de julio). Que no se vulnera el principio "non bis in idem " cuando el prevalimiento no se funda en la diferencia de edad entre las partes sino en la constatación de una relación de superioridad. De una cierta preeminencia del autor sobre la víctima y que esta ventaja haya sido utilizada o aprovechada por el autor para realizar el acto objeto de imputación (SSTS 957/2013, de 17 de diciembre; 739/2015, de 20 de noviembre; 159/2017, de 14 de marzo; 287/2018, de 14 de junio).

En relación con los abusos de un tío a su sobrina, aprovechando un momento de convivencia en un domicilio familiar, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 324/2022 de 30 marzo, descarta la aplicación del subtipo agravado, remarcando que la relación tío sobrina -parientes colaterales- no permite aplicar el subtipo si no se da una situación de superioridad añadida:



"Hemos advertido también en numerosas oportunidades de la necesidad de deslindar ambas fuentes o situaciones (parentesco o superioridad), cuidando de evitar que, desbordando la relación parental existente entre víctima y agresor aquellas a las que el precepto se refiere (en el caso, el acusado es el tío de la víctima), aquella, sin necesidad de mayores aditamentos, pretenda transfigurarse sistemáticamente en una relación de superioridad, lo que tanto significaría como eludir, de modo indirecto, los límites expresos que el precepto penal establece con respecto a las relaciones familiares aptas para configurar la agravación. Entraría por la ventana, lo que acaba de salir por la puerta. No significa esto, naturalmente, que no puede aplicarse la agravación a un familiar (distinto de los expresamente contemplados en la norma) que, sin embargo, se hubiere prevalido para la comisión del delito de una relación de superioridad. Así, nuestra sentencia número 337/2021, – que, quien ahora recurre invoca como muestra del pretendido apartamiento de su doctrina por el Tribunal Superior–, observa al respecto: <<Es posible, en cambio, según se deduce de la doctrina jurisprudencial citada, que haya fraguado una especial relación de superioridad, que se superpone a la derivada de la edad, a raíz precisamente de ese tipo de relaciones familiares o cuasi-familiares que por sí solas no encajan en los parientes expresamente mencionados (ascendientes y hermanos). Así el padrastro de hecho; o quien en virtud de la relación de afectividad con la madre se ha convertido en autoridad en el hogar familiar compartido; o el conviviente que ostenta un rol similar; o el padrino no pariente... Pero en esos casos no basta con mencionar la relación. Ha de quedar expresada en el hecho probado la base fáctica de esa relación de superioridad. No basta constatar que es un tío carnal, o que es la pareja de la madre. Es preciso que el factum refleje expresamente ese especial ascendiente (en la jurisprudencia hemos acuñado la expresión hegemonía anímica) que, además, debe ser aprovechado para el hecho>>."

Y en relación al abuso de superioridad, señala que:

"Al respecto, resultan aquí precisas dos observaciones. De una parte, la relación de superioridad no puede identificarse simplemente con la diferencia de edad que distancia al sujeto activo y a la víctima, en tanto se trata de una circunstancia consustancial al propio tipo delictivo, en el que, por definición, aquella habrá de ser menor de dieciséis años y mayor de edad el agresor (con el juego que, además, aporta al respecto el artículo 183 quater). En el caso, el acusado tenía 38 años al tiempo de cometerse los hechos; y 15, la víctima.

"En segundo lugar, deben también ser distinguidas, para excluirlas de la aplicación del precepto aquí controvertido, las situaciones de abuso de confianza de las que conforman el abuso de superioridad. En el primer caso, el autor se beneficia o favorece del clima de tranquilidad o relajación generado en la víctima como consecuencia del conocimiento amable de su agresor, de la razonable esperanza que tiene de no ser agredida en dicho contexto de fiabilidad personal. Esa natural relajación en los mecanismos de defensa es la que el autor aprovecha, cuando actúa con abuso de confianza, para cometer el delito. Circunstancia contemplada, como agravante genérica, en el artículo 22.6ª del Código Penal. Distinto es el caso del abuso de una relación de superioridad, que es el que ahora importa. En éste, los mecanismos o recursos defensivos de la víctima no se encuentran relajados o abatidos como consecuencia de aquella relación fiduciaria, de confianza, no necesariamente existente; sino que resultan ineficaces o ceden, precisamente en atención a la desarmónica, desigual, relación que aquella mantiene con su agresor, frente al que se halla en situación de inferioridad. Nuestra sentencia número 337/2021, de 22 de abril, advierte a este respecto: <<No sobra en todo caso puntualizar que abuso de superioridad y abuso de confianza son circunstancias diferentes y no intercambiables. Las dos aportan mayor facilidad para la comisión de los hechos. Pero en una es la superioridad (ascendiente, autoridad, relación de supremacía) lo tenido en cuenta; y en la otra es la confianza que provoca una relajación de las precauciones defensivas. Hay ocasiones en que puede haber abuso de confianza (un vecino, v.gr), pero no de superioridad>>.

Dicha superioridad evoca la idea de alguna clase de relación entre víctima y agresor, más o menor normativizada, con reparto o distribución de roles en un plano vertical, conformada por el establecimiento, también más o menos explícito, de situaciones de subordinación o dependencia. Dispone, en tales casos, el agresor de una suerte de función de control, supervisión, dirección de la persona agredida, función de la que, precisamente, se prevale para la comisión del delito. No cuesta encontrar ejemplos en el marco de relaciones parentales, distintas de las contempladas en el artículo 183. 4, d), en las que, sin embargo, el familiar o cuasi familiar ejerce con relación a la víctima aquellas funciones (pareja sentimental de la madre, por ejemplo, que actúa respecto al menor "como un padre"); y no parentales (docente/disciente; monitor deportivo o de otras actividades lúdicas frente al menor que participa en ellas bajo su control y dirección; etc). Lo explica, por ejemplo, nuestra reciente sentencia número 68/2022, de 27 de enero (RJ 2022, 560), cuando señala: <<En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003 de 18 de septiembre (RJ 2003, 6270); 935/2005 de 15 de julio (RJ 2005, 5566); 785/2007 de 3 de octubre (RJ 2007, 6288); 708/2012 de 25 de septiembre (RJ 2012, 9080); 957/2013 de 17 de diciembre (RJ 2013, 8025); 834/2014 de 10 de diciembre (RJ 2014, 6530); o 675/2016 de 22 de julio (RJ 2016, 3911)) que el prevalimiento se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las



posiciones de ambas partes, en la que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual impuesta...>>. Y lo explica también en el mismo sentido la sentencia de este Tribunal Supremo, ya tan citada aquí y que la propia parte recurrente invoca."

En el presente caso la estancia de la menor y de su hermano en el domicilio de la tía carnal y su marido, el acusado, no fue temporal ni puntual sino permanente durante un periodo de tiempo considerable, desde noviembre de 2019 hasta diciembre de 2020; de especial intensidad además al coincidir con el confinamiento domiciliario aprobado tras haberse declarado por el Gobierno el 14 de marzo de 2020 el estado de alarma en todo el territorio nacional por un periodo de 99 días, para afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19 en España. Por tales circunstancias se desarrolló entre ellos una relación casi de padres e hijos. Dijo en el acto del juicio oral Domingo sobre la relación que mantenía con los niños "como si fueran mis hijos ambos dos", también que Africa a veces le llamaba "papá". Y su esposa, Camila, dijo que la relación del acusado con sus sobrinos era de "colegas", jugaban a la play, veían pelis en el sofá cama del salón (asignado a los menores) donde muchas veces se quedaban los tres dormidos, el objetivo de ambos es que los niños no echaran de menos a sus padres. Es decir, una situación manifiesta de control y supervisión de la que el acusado se prevaleció para la comisión del delito.

El delito de abusos sexuales es continuado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no exceptúa de la figura del delito continuado las infracciones contra la libertad sexual aunque las mismas ofenden, evidentemente, bienes eminentemente personales; pero es preciso, de acuerdo con la definición que del mismo ofrece el artículo 74.1 del Código Penal, que el autor realice la pluralidad de acciones "en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión"; y tratándose de atentados contra la libertad sexual, es necesario además (Sentencias de 11 de octubre de 1996; 8 de julio de 1997; 6 de octubre de 1998; y 28 de junio de 1999, entre otras muchas) que las acciones incidan sobre un mismo sujeto pasivo con el que el autor establece una abusiva relación sexual, duradera en el tiempo, en la que no es fácil particularizar los diversos episodios en que la misma se concreta.

Sentado lo anterior, todas éstas exigencias concurren en el presente caso puesto que los encuentros sexuales que el acusado mantuvo con Africa cumplían con aquella misma finalidad de carácter sexual, tratándose de actos plurales, diversos, repetidos (no pudo concretar cuantos, sí que tenían lugar todas las semanas y 2 o 3 veces por semana -a excepción de cuando tenía el periodo-, "cuando queríamos" dijo, "El me preguntaba y yo, para que no se sintiera mal le decía que vale".

Añadir que la sentencia del TS 77/2012, de 15 de febrero dice en relación con el delito de abusos sexuales que para apreciar la continuidad delictiva prevista en el artículo 74.3 CP, cuando el acto sexual tenga como sujeto pasivo la misma persona y se repita de manera casi seguida o inmediata y ello acontezca con motivo de la misma ocasión y en análogas circunstancias de tiempo y lugar, no se requiere la concreción de las veces en que se produjeron las relaciones para apreciar una continuidad delictiva.

SEGUNDO.- Aun cuando el acusado niega los hechos, los mismos han resultado acreditados de forma indubitada mediante el testimonio prestado por la menor Africa, que no ha sido oída en el acto del juicio oral de forma presencial sino que, como prueba preconstituida, su exploración se hallaba grabada y fue visionada en el acto del juicio oral, sin oposición de ninguna de las partes.

La STS 2575 /2017 de 22 de junio recoge los aspectos que deben tenerse en cuenta cuando se trata de declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexual, en atención a la necesidad de preservar su integridad psíquica sin perjudicar los derechos de defensa del acusado, con cita de las sentencias dictadas por dicho Alto tribunal y que se condensa en la STS 598/2015, de 14 de octubre. Una doctrina que tiene como punto de partida la necesidad de respetar el derecho de defensa, como paradigma del sistema de garantías (SSTS 71/2015 de 4 de febrero o la 632/2014 de 14 de octubre), pero que es permeable a que el proceso contemple medidas y actuaciones encaminadas a dispensar una adecuada protección a las víctimas, particularmente cuando son menores de edad y, más singularmente, si se trata de delitos que atentan a su indemnidad sexual.

Como destacaba la STS 598/2015, el artículo 39. 4.º de la Constitución dispone que " *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*". En este orden de cosas el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que " *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés supremo del niño*". Y la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15/03/2001, relativa al Estatuto de



la Víctima en el Proceso Penal dispone en su artículo 2.2 , que " *Los Estados miembros velarán porque se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación* "; en el artículo 3, que " *Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal* "; y en el artículo 8.4, que " *Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho* ". Disposiciones respecto de las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 16 de junio de 2005, en el Caso Pupino, entendió que " *el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta* ".

La Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, que entró en vigor en los últimos días del mes de octubre del año 2015, dispone en el artículo 26 que cuando se trate de víctimas menores de edad las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como que la declaración podrá recibirse por medio de expertos.

Africa relató que Domingo es el esposo de su tía materna y vivían en DIRECCION001 . Ella pasaba allí temporadas. Se suponía, dijo, que tenían que estar con su padre porque su madre se fue a trabajar fuera de España, pero su padre estaba con su novia y no podían estar en su casa, por eso los dejaron a su hermano y a ella a cargo de ellos. Su tía estaba trabajando o iba a hacer la compra y no estaba en casa. Sí que estaba su hermano (que es mayor que ella) pero estaba jugando al móvil o la play. Le pasó durante la cuarentena muchas veces, no sabe cuántas. A veces le decía a su tío que le hacía daño en los ovarios y él le decía "vale y que lo iba a hacer más lento". No le daba nada a cambio. Contó a su madre lo que el acusado le hacía por unos mensajes que él la envió, porque no la dejaba tener novio ni nada, tuvo un novio pero el acusado la obligó a dejarle. La dijo su tío por el móvil que estaba celoso. El pene se lo introdujo su tío por la vagina, por atrás y por la boca. Por atrás la hizo daño, por la vagina solo le hacía daño si lo hacía muy fuerte, por la boca lo hacía porque decía él que le gustaba. No se ponía su tío nada en el pene. Eyaculaba en su cuerpo, a veces en la boca, en la boca se lo echó tres veces y ella se ponía a vomitar. Se lo hacía todas las semanas, 2 o 3 veces. Si tenía el periodo no. Lo hacíamos "cuando queríamos", manifestó, él me preguntaba y yo para que no se sintiera mal le decía "vale" y a veces se iban a la cocina. No sabe cómo empezó su tío a acercarse a ella en la primera relación sexual que tuvieron. No se ponía preservativo. Él le daba píldoras para que no se quedara embarazada.

Le daba miedo decirlo porque él la decía que si contaba algo él iría a la cárcel y su familia la dejaría de querer a ella.

Y la Sala otorga al testimonio de la menor plena credibilidad. Porque no tenía enemistad o enfrentamiento con el acusado. Todo lo contrario. Su testimonio, en lo que a los abusos por parte de su tío por afinidad se refiere, fue prestado con naturalidad, de forma directa. Y tampoco ninguna ventaja o ganancia de índole alguna obtenía con su relato.

No se constatan por tanto móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad. Así lo constató la psicóloga Fidela .

Y, en palabras del Tribunal Supremo, en su sentencia 28-05-2015, nº 355/2015, "...cuando se formula una grave acusación, que afecta a ámbitos muy íntimos de la denunciante, y no cabe atisbar racionalmente motivo alguno que pueda justificarla, un simple razonamiento de sentido común puede llevarnos a la conclusión de que la acusación se formula simplemente porque es verdad".

Además su testimonio es verosímil pues está rodeado de ciertas corroboraciones periféricas.

- María Rosario , madre de la menor, dijo que se había enterado de los hechos de la siguiente manera: Había regresado en diciembre de 2020 de trabajar en el extranjero, habiendo dejado a sus dos hijos con su cuñada y su cuñado, y la niña estaba todo el rato hablando por teléfono. Revisó sus mensajes y vio que con su cuñado se decían los dos cosas tales como "te amo", "te echo de menos". Se los envió a su cuñada para ver qué pensaba y le respondió que no estaba bien. También se los envió a su ex marido, quien habló con su hija esa misma noche y le contó lo ocurrido. Fe entonces a denunciar los hechos, acompañada por la esposa del acusado, Camila . Supo que la última relación sexual que tuvo su hija con el acusado se produjo el 23 de enero de 2021 y presentaron la denuncia el 26 del mismo mes y año. Sus hijos se fueron de la vivienda del acusado el día 25 de diciembre de 2020, pero volvieron a su casa dos veces más.



Su hija va al psicólogo desde entonces cada 15 días. Ha cambiado mucho, en la forma de relacionarse con otros niños del barrio y del cole. Está más triste, llora por las noches. Antes siempre estaba feliz, lo pasaba bien con sus amigos, ahora no. Siente que los amigos la miran mal y hablan mal de ella, se aleja de sus amigos porque piensa que lo saben.

- Camila , esposa del acusado, dijo que ella, a día del juicio ora,l no había recibidos los mensajes a los que se refería su cuñada. Que se enteró de los hechos porque su hermana, Carlota , se lo dijo. Habló con Africa y le dijo que estaba enamorada de su marido. Su esposo, el acusado, negó los hechos. Ella aconsejó a la madre de la menor que denunciara los hechos. Entiende que es meridianamente imposible que los hechos que se denuncian hayan ocurrido porque en su casa no haya anticonceptivos, tampoco preservativos, ella se despierta con el vuelo de una mosca y su casa es muy pequeña (43 metros) y un cuadrado. Que entregó a la policía unas sábanas (encimera y bajera) de su cama el día 26 de enero de 2021, que no estaban lavadas.

Su marido y sus dos sobrinos se quedaban a ver películas en el salón de su casa y se quedaban dormidos en el sofá en el que se acostaban sus sobrinos y ella se iba a dormir porque tenía que descansar. Siempre estaban juntos los tres.

- Carlota manifestó que había visto los mensajes que le había mandado María Rosario . Eran mensajes fuera de lugar, pero que su cuñado es así con todos los niños. Que los masajes ella se los había enviado a su hermano pero no a su hermana.

- Al folio 34 de la causa costa Cd con las grabaciones de mensajes de WhatsApp detectados por la madre de la menor, que remitió a su cuñada Carlota , entre los que merece destacar los siguientes. Dice el " Zurdo Domingo ":

Yo más

Con todo el corazón

Besitos

3 emoticonos de corazones

La menor responde:

Te amo muchooo mas

Emoticono de un corazón

" Zurdo Domingo " responde:

Gordita

Estás bien

¿??

Responde la menor:

Eehee....

Si Zurdo

Tres emoticonos de caritas sonrientes " Zurdo Domingo " dice:

Rubia

Preciosa

Responde la menor:

Te namo

En otra conversación, refiere la menor:

Pero de que hablas

Que no stoy con nadie

No seas tonto

H no te creas todo lo que dice Pedro Enrique

Que no se entera ni del clia



Y lo que me fastidia es que me deis por culo todos rato

Me enfado

Y ya

Pero si si es lo que quieres ads

Emoticono de carita triste

Él le responde:

Me da igual

Emoticono de una cara guiñando un ojo y besitos

En otra conversación, " Zurdo Domingo ", a las 23.13 horas dice:

Nunca te dejare:

Eres el amor de mi vida

Pase lo que pase Gatita

Cuando tú quieras voy contigo

3 emoticonos de corazones

En otra conversación el día 23 de enero a las 18.23h, dice " Zurdo Domingo " a la menor:

Tres emoticonos de corazones

T amo gorda

Ella responde:

Te amo más Zurdo

Él dice:

No

Yo más mentirosa (tres emoticonos de corazones)

Hoy vemos la serie vale

Eres la mejor enana (tres emoticonos de corazones)

Ella responde:

Te amo

Todos ellos tienen marcado carácter romántico, sentimental e íntimo, propios de una relación de pareja.

- Fidela , psicóloga que ha tratado y trata a la menor Africa , emitió un informe unido a los folios 255 a 264 de la causa, ratificado en el acto del juicio oral, en el que se concluye por la profesional que Africa presentaba una sintomatología compatible con una vivencia de abuso (desconexión de la vida real por momentos, irritabilidad y nerviosismo, sentimiento de culpabilidad, estado anímico bajo con tendencia al aislamiento, dificultades para la atención y concentración, le cuesta hacer amigos, etc.).

- Los peritos NUM009 y PN NUM010 , que emitieron el informe de ADN unido a los folios 220 a 229 de la causa, y ratificaron en el plenario, manifestaron que, en la sabana bajera, habían encontrado esperma en cuatro manchas de semen. Extrajeron ADN de los espermatozoides y de las células epiteliales que les acompañaban y de esa mancha extrajeron ADN de los dos. EN el esperma, hallaron el mismo perfil genético de varón que coincide con el del acusado. En las células, en dos de ellas, encontraron una mezcla de dos perfiles genéticos compatibles con el acusado y con la menor.

También dijeron dichos peritos que no podían afirmar que dichos hallazgos procedieran de relaciones sexuales.

Este dato, si bien no objetiva plenamente el testimonio de la menor, si lo hace sumamente creíble y verosímil.

- Ese mismo valor podemos otorgar al informe emitido por los peritos de toxicología con carné profesional PN NUM007 y NUM008 , unido a los folios 136 y siguientes, que también fue ratificada en el acto del juicio oral. Porque, si bien en la sangre analizada de la menor no se detectó la presencia de sustancias de interés toxicológico tales como drogas de abuso, medicamentos, alcohol etílico, ni la presencia de anticonceptivos, los peritos que lo emitieron tampoco excluyeron que pudieran haberse suministrado estos últimos, siendo la



razón de que no fuera detectada su presencia en el análisis la "ventana" existente entre el hecho y el momento de la extracción (no el del análisis, porque la sangre llegó a los peritos congelada). Así, informaron aquellos que cada día que pasa la concentración en sangre disminuye y, por tanto, se dificulta la detección. Que los anticonceptivos son sustancias especialmente complicadas de detectar porque las concentraciones son bajas frente a otras (por ejemplo, el paracetamol) y cada día que pasa disminuye y mucho, la concentración del medicamento. Que una ventana de entre 24 y 48 horas, para análisis, es la adecuada para detectar en sangre, y en el caso de la extracción de la sangre a la menor Africa pasaron tres días.

Y no podemos olvidar que la menor contaba, a la fecha de los hechos, con 11 y 12 años de edad, lo que dificulta inventar una historia consistente en que el acusado le daba píldoras para que no se quedara embarazada, de no ser cierto. Y no es de descartar que así fuera pues la menor menstruaba y el acusado no utilizaba preservativo en las múltiples relaciones con penetración vaginal que con ella mantenía.

Así pues, debemos concluir que en el caso se ha practicado prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia y considerar acreditada la autoría de Domingo .

TERCERO.- Domingo es responsable en concepto de autor (art. 28, párrafo primero, del C. Penal), de un delito continuado de abuso sexual del artículo 183. 1 y 3 (introducción de miembro corporal vía vaginal, anal y bucal) y 4 d) (prevalimiento de relación de superioridad o parentesco), en relación con el artículo 74, todos del Código Penal, por haber realizado material, directa y voluntariamente los hechos que los integran.

CUARTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Individualización de la pena:

Debe partirse de una pena base de ocho a doce años de prisión. Resulta de aplicación la agravación prevista en el número 4 d), lo que nos sitúa en una nueva horquilla penológica base de diez a doce años de prisión. Resulta de aplicación el Art. 74 del CP, lo que nos sitúa en una nueva horquilla penológica base de once a doce años de prisión. Y conforme al artículo 66.6.ª al no concurrir atenuantes ni agravantes se aplicarán la pena en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. A la hora de individualizar la pena, no podemos dejar de ponderar que aunque no ha podido cuantificarse el número de ocasiones en las que el acusado ejecutó actos abusivos sobre la víctima, su sobrina por afinidad, dijo Africa que ocurrieron muchas veces, con una media de tres veces por semana. Así pues, no procede imponer la pena mínima de once años sino la de **once años y tres meses de prisión** con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

En aplicación del art. 57 del Código Penal, imponemos a Domingo la **prohibición de comunicar** por cualquier medio con Africa **así como a aproximarse** a ella, a su domicilio y lugar de estudios o trabajo o a cualquier otro frecuentado por ella a una distancia no inferior a 500 metros, todo ello **por un plazo de dieciocho años**.

Conforme al art. 192.1 y 106.1.j del Código Penal (obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares), le imponemos la medida de **libertad vigilada durante cinco años**, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

QUINTO.- A tenor de lo dispuesto en los arts. 109 y siguientes del C. Penal, el acusado Domingo indemnizará a Africa , a través de su representante legal, en 25.000 euros por los perjuicios morales derivados de los hechos.

Con el interés legalmente establecido en el art. 576 LEC.

El daño moral es siempre difícilmente evaluable, pero el Tribunal no tiene ninguna duda en afirmar que cuando una menor de edad es sometida a un abuso sexual tan reiterado, está sufriendo un ataque muy grave a su dignidad y autoestima. Como ha dicho el Tribunal Supremo el derecho al resarcimiento fluye de forma natural en cierta suerte de delitos como los que atentan a la libertad sexual.

Hemos señalado la cantidad de 25.000 euros porque la víctima de los hechos ha estado y está en tratamiento psicológico y ha sufrido y sufre en la actualidad las consecuencias de tales hechos (ha recibido hasta la fecha 13 sesiones).

SEXTO.- Imponemos al acusado Domingo las costas procesales, incluidas las de la acusación particular (art. 123 del C. Penal).

FALLO

Condenamos a:

Domingo como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual agravado por prevalimiento de relación de superioridad a menor de edad, con acceso carnal, sin concurrencia de circunstancias modificativas



de la responsabilidad criminal, a la pena de **once años y tres meses de prisión** con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Imponemos a Domingo la **prohibición de comunicar** por cualquier medio con Africa **así como a aproximarse** a ella, a su domicilio y lugar de estudios o trabajo o a cualquier otro frecuentado por ella a una distancia no inferior a 500 metros, todo ello **por un plazo de dieciocho años**.

Le imponemos la medida de **libertad vigilada durante cinco años**, (obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares), que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Indemnizará a Africa, a través de su representante legal, en 25.000 euros por los perjuicios morales derivados de los hechos, con los intereses legales.

Abonará las costas, incluidas las de la acusación particular.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad abónese el tiempo de prisión preventiva sufrida por estos hechos.

Esta sentencia es recurrible en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y en casación ante el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.