



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 3
Avda Pedro San Martín S/N
Santander
Teléfono: 942357125
Fax.: 942357130
Modelo: C1920

Proc.: **PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO**
Nº: **0000018/2016**
NIG: 3907543220140006265
Resolución: Sentencia 000077/2017

Procedimiento sumario ordinario 0002617/2014 - 00
JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 2 de Santander

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Acusado		ALBERTO RUIZ AGUAYO
Denunciante		CRISTINA DAPENA FERNANDEZ
Denunciante		CRISTINA DAPENA FERNANDEZ
Perjudicado		

AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION TERCERA
CANTABRIA

ROLLO DE SALA
Nº: 18/2016.

SENTENCIA Nº: 77 / 2017.

=====

ILMOS. SRES.:

Presidente:

D. AGUSTÍN ALONSO ROCA.

Magistrados:

D. JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA.

D^a MARÍA GALLARDO MONJE.

=====

En Santander, a dos de Marzo de dos mil diecisiete.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Este Tribunal ha visto en juicio oral y público la presente causa, número 18/2016, tramitada por el procedimiento Sumario Ordinario, por delito continuado de agresión sexual, contra D.

, mayor de edad y sin antecedentes penales, con D.N.I. N° nacido en () el día 1-11-1948 y vecino de de (Cantabria), hijo de y de solvente parcial, y en situación de libertad por esta causa, en la que han sido partes el MINISTERIO FISCAL, en la representación que ostenta del mismo el Ilmo. Sr. D. Ángel Santiago Díaz; la Acusación Particular, en nombre de D. y D^a

, en representación de su hija menor de edad D^a, representados por la Procuradora Sra. Dapena Fernández y bajo la dirección técnica de la Letrada Sra. Lomba Diego; y el procesado, representado por el Procurador Sr. Ruiz Aguayo y defendido por el Letrado Sr. Vega de la Vega.

Es Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Presidente de esta Sección Tercera, D. AGUSTIN ALONSO ROCA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La presente causa se inició por el Juzgado de Instrucción indicado en el encabezamiento de esta sentencia, tramitándose el procedimiento correspondiente, por las normas del Sumario Ordinario, se dictó Auto de Procesamiento en fecha once de Abril de dos mil dieciséis, y se remitió a este Tribunal, acordándose la celebración del Juicio Oral, que tuvo lugar en esta



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

sede el pasado día veinticuatro de Enero, quedando la causa vista para Sentencia.

SEGUNDO: El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas efectuadas oralmente en el acto del juicio, calificó los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito continuado de agresión sexual, de los artículos 178, 180.1-3ª y 4ª y 74.1 y 3, todos del Código Penal aplicable, anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio, y reputando autor al procesado, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó se le impusieran las siguientes penas: nueve años de prisión, inhabilitación especial durante el tiempo de la condena (artículo 56 del Código Penal), prohibición de acercarse al domicilio y persona de la víctima, la menor _____ durante diez años y a una distancia de 300 metros y comunicarse con ella por cualquier medio (artículo 57.1 párrafo segundo del Código Penal) y a que indemnice, en concepto de responsabilidad civil, a los representantes legales de la menor _____ en la cantidad de seis mil euros por los daños morales causados y sus secuelas, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con abono del tiempo transcurrido con carácter cautelar en las liquidaciones definitivas de las condenas.

En igual trámite, la Acusación Particular calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de agresión sexual de los artículos 178, 183.2 y 4-d), en relación con el artículo 74.1 y 3 del Código Penal en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio, y reputando autor al procesado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó se le impusieran las penas de diez años de prisión, inhabilitación absoluta



durante el tiempo de la condena y las mismas prohibiciones de acercamiento y comunicación solicitadas por el Ministerio Fiscal pero con duración de veinte años. Además se impondrá al procesado la medida de libertad vigilada ejecutable con posterioridad a la pena de prisión, por tiempo de diez años. Así como el pago de las costas procesales.

Igualmente solicitó la misma indemnización por responsabilidad civil que el Ministerio Fiscal.

TERCERO: En igual trámite, la defensa del procesado mostró su disconformidad con los hechos, calificación jurídica, autoría y penas de las acusaciones, y solicitó su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables y sin declaración de responsabilidad civil.

CUARTO: En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia, que se ha extendido unos días por acumulación de trabajo en la Sala.

HECHOS PROBADOS

UNICO: Ha resultado probado y así se declara que D. , mayor de edad y sin antecedentes penales, entre los años 2005 y 2010, sin poder determinar fechas concretas, en numerosas ocasiones y en su propia casa sita en el Barrio N° de (Cantabria), unas veces dentro de la vivienda, otras veces dentro de un caseto de obra de tres cuerpos, con cierre desde el interior y acondicionado por él, que estaba en el jardín de su propiedad, realizó



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

sobre la menor _____, nacida el 4-10-2000 y por tanto de 5 a 10 años de edad en los años referidos, vecina de la casa colindante, actos lúbricos tales como besos con lengua y tocamientos en los genitales con las manos y con su propio pene, tumbándose sobre ella, si bien no se ha probado que llegara a penetrarla o a introducirle los dedos en la vagina o ano; en algunas ocasiones llegaba a eyacular sobre el pubis y piernas de la menor. _____ solía desnudar a la niña, totalmente o de cintura para abajo.

No se ha probado que la menor opusiera resistencia física o protestara, llorara o gritara, siendo habitual que volviera a la casa de _____ toda vez que éste le hacía regalos diversos para contentarla (consolas, ordenador portátil, teléfonos móviles).

El procesado realizaba estos hechos valiéndose de la amistad y confianza que tenía con la familia de la menor, a la que solía cuidar los domingos por la tarde.

_____ al comenzar a estudiar en el colegio cuestiones de sexualidad, hablar con algunas amigas y sobre todo con su primo _____, quien le hablaba de las cosas que conocía sobre sexo, concluyó que lo que _____ le hacía no era correcto, por lo que dejó de acudir a casa de éste y cesaron los hechos, no contando nada a sus padres hasta más de un año después, a raíz de decirsele a su abuela y tía materna y sugerirle algo a la pediatra.

_____, padre de la menor, denunció los hechos ante la Guardia Civil el día 20 de Marzo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

PRIMERO: Las pruebas practicadas en el acto del juicio oral y especialmente las manifestaciones de la niña , de 16 años cuando declaró en el plenario, unidas a una serie de indicios que, considerados conjuntamente y en relación a lo declarado por el procesado en diferentes momentos del procedimiento, fortalecen la credibilidad de lo dicho por la niña, permiten colegir que los hechos que se han declarado probados son constitutivos legalmente de un *DELITO CONTINUADO DE ABUSOS SEXUALES sobre persona menor de 13 años*, previsto y penado en los artículos 181.1, 2, 3 y 4 y 74.1 y 3, todos ellos del Código Penal en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio.

SEGUNDO: De dicho delito es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado D. , por haber ejecutado directa, personal y materialmente los hechos que lo constituyen, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y siguientes del Código Penal vigente, convicción a la que llega esta Sala valorando y ponderando conjuntamente el resultado de las pruebas practicadas.

La Sala ha ponderado en el presente caso una prueba directa y varias pruebas indiciarias, que, conjuntamente valoradas de conformidad con lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han llevado a la Sala a la total convicción de la autoría y culpabilidad del procesado en los hechos que se declaran probados.

La **prueba directa** que la Sala ha alzaprimado de entre las obrantes en el elenco probatorio ha sido la *declaración de la víctima*, las manifestaciones de la niña , de 16 años de edad el día del juicio y



que declaró de forma firme y coherente sobre los actos ejecutados por el procesado y por ella sufridos en el periodo de tiempo comprendido entre los años 2005 y 2010.

Esta Sala es consciente de la dificultad probatoria que casos como el presente llevan aparejada. Por varias razones: porque en este tipo de delitos que por regla general se suelen cometer en la intimidad del domicilio, en lugares apartados o en los que no hay personas próximas que puedan testificar, los principales elementos de valoración son las declaraciones del procesado y de la víctima, en especial ésta; porque, en el caso que nos ocupa, la víctima era la hija de una vecina del procesado, que también era amiga de éste; porque no hubo denuncia inmediata; porque el transcurso del tiempo desde la acción agresiva impide la recolección de pruebas de cargo -o de descargo- concluyentes; y porque siempre es difícil delimitar, ante el escaso acervo probatorio, los márgenes entre el acto consentido y el in consentido (si bien esto último no se contempla, dada la escasa edad de la niña, menor de 13 años).

La Sala otorga, como ya ha dicho, plena credibilidad a las manifestaciones de . Ya hemos dicho por qué: su firmeza, convicción y seriedad al declarar, abundadas por la existencia de corroboraciones periféricas a las que luego aludiremos, y la respuesta positiva al test de credibilidad efectuado por los Psicólogos forenses, llevan a esta Sala a la convicción de que los hechos sucedieron como relata la chica, si bien constatando nuestras dudas sobre la utilización real y efectiva de violencia física o de intimidación por parte del procesado -dudas que en aplicación del principio *in dubio pro reo* nos obligan a degradar la calificación delictiva de la agresión sexual, que propugnan las acusaciones, al abuso sexual-.

Como recuerdan las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22-12-2006 y 22-10-2007, o la muy



reciente de 2-2-2017, la declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aún cuando fuera la única prueba disponible, como es frecuente que acaezca en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente con absoluta clandestinidad, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada (SsTC 229/1991 de 28 de Noviembre, 64/1994 de 28 de Febrero y 195/2002 de 28 de Octubre y SsTS de 30-4-2007, 20-3-2012, 27-9-2012, 24-10-2012, 5-6-2013, 30-6-2014 ó 28-5-2015, entre muchas otras).

También recuerdan estas sentencias, sin embargo, que la declaración de la víctima, como prueba única de cargo, debe ser valorada con cautela, pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión, máxime cuando su testimonio es la noticia del delito y con mayor razón aún cuando se persona en la causa y no solo mantiene una versión determinada de lo ocurrido, sino que apoyándose en ella, sostiene una pretensión punitiva -lo que es aquí el caso-. Es por eso que el Tribunal Supremo se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, que, sin desconocer la importancia de la inmediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal. En este sentido, valoración en conciencia no significa ni es equiparable a valoración irrazonada, y ese razonamiento debe expresarse en la sentencia. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha establecido la necesidad de cumplir unos requisitos rígidos para que la declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo suficiente, de manera que si se demuestra su concurrencia haya de concluirse necesariamente que existe prueba de cargo y, por el contrario, si no se apreciaran,



también necesariamente hubiera de afirmarse que tal prueba no existe.

Simplemente se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso desde puntos de vista objetivos:

1º) Así, se ha dicho que debe comprobarse que el testigo no ha modificado sustancialmente su versión en las distintas ocasiones en las que ha prestado declaración. La **persistencia** del testigo no ha de identificarse con veracidad, pues tal persistencia puede ser asimismo predicable del procesado, y aunque sus posiciones y obligaciones en el proceso son distintas y de ello pueden extraerse algunas consecuencias de interés para la valoración de la prueba, ambos son personas interesadas en el mantenimiento de una determinada versión de lo ocurrido. Pero la comprobación de la persistencia en la declaración inculpativa del testigo permite excluir la presencia de un elemento que enturbiaría su credibilidad, lo cual autoriza a continuar con el examen de los elementos disponibles en relación con esta prueba. En caso de que la persistencia aparezca debilitada, por cualquier causa, el Tribunal deberá indagar las razones de tal forma de actuar, con la finalidad de valorarlas adecuadamente.

En el presente caso, ha demostrado una persistencia en lo expuesto en sus declaraciones que resulta evidente. Siempre ha dicho lo mismo, y cuando eso ocurre, generalmente es porque lo que se dice es cierto y ha ocurrido de esa manera. De otro modo, si la versión fuera fabulada o inventada, el paso del tiempo haría que afloraran las incongruencias o las contradicciones. Y aquí no han aflorado, pese a las dudas que mostraremos más adelante en relación con un único



hecho, la concurrencia de violencia o intimidación en los hechos ejecutados por el procesado.

2º) Igualmente ocurre respecto de la verificación de la **inexistencia de datos que indiquen posibles razones para no decir la verdad**, como puede ser la enemistad anterior, el odio, el deseo de venganza o similares, los cuales han de vincularse a hechos distintos de los denunciados, pues no es inhabitual que tales sentimientos tengan su origen precisamente en los hechos que se denuncian. Que no existan esas razones no supone que deba aceptarse necesariamente la versión del testigo, pero permiten excluir la existencia de motivos para no hacerlo.

En el presente caso no aprecia la Sala ningún posible motivo o móvil espurio. Todo lo contrario. La niña ha manifestado que acudía a casa de su vecino de forma asidua, también voluntaria, sin que en ninguna ocasión acudiera forzada o contra su voluntad. También ha manifestado que acudía porque su vecino le regalaba cosas, tanto a ella como a su hermana, y cosas de valor, como consolas, ordenadores portátiles o teléfonos móviles. Es precisamente esa voluntariedad y asiduidad en las visitas de la niña a la casa de su vecino lo que hace dudar a la Sala del empleo de fuerza o intimidación sobre ella por parte del procesado. Luego hablaremos de ello.

Por otro lado, la existencia de una deuda de escaso valor entre los padres de la niña y el procesado no es motivo suficiente para que éstos, con la ineludible colaboración de la niña, hayan podido denunciarle por un delito de tanta gravedad como es el delito que nos ocupa -agresión sexual según las acusaciones-. Tampoco es motivo suficiente para su consideración como móvil espurio la existencia de una posible enemistad entre la madre de la niña y el procesado por causa de una broma de mal gusto en un bar,



pues tal hecho no se compecece con una acusación de tanta gravedad.

Continuando con la doctrina del Tribunal Supremo sobre el valor de la declaración de la víctima como prueba única de cargo, los dos precedentes elementos, persistencia en la incriminación y ausencia de motivos espurios, que deben ser comprobados por el Tribunal, permiten excluir la existencia de razones objetivas para dudar del testigo y hacen razonable la concesión de credibilidad. Aun cuando alguno de ellos concurra, puede ser valorado conjuntamente con los demás. Lo que importa, pues, es que el Tribunal que ha dispuesto de la inmediación, exprese las razones que ha tenido para otorgar credibilidad a la declaración del testigo. Así lo estamos haciendo en esta sentencia.

3º) El tercer elemento al que habitualmente se hace referencia, viene constituido por la existencia de alguna clase de **corroboración** de la declaración de la víctima, especialmente cuando tal corroboración es posible dadas las características del hecho concretamente denunciado. No se trata ya de excluir razones para dudar del testigo, sino, dando un paso más, de comprobar la existencia de motivos para aceptar su declaración como prueba de cargo.

En el presente caso, los elementos de corroboración son varios. El principal viene constituido por el dictamen de los Psicólogos. Éstos explicaron en el juicio cómo pudieron hacerle el test de credibilidad a y consideraron, tras la práctica de dichos tests, la declaración de la misma como creíble.

Esta Sala no desconoce la doctrina establecida por el Tribunal Supremo sobre este tipo de pruebas, y citaremos la STS de 25-6-2010: dicha sentencia recuerda que el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado



que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pero advierte que convertir el dictamen de los peritos psicólogos, singularmente lo que éstos denominan conclusión psicológica de certeza, en un presupuesto valorativo *sine que non*, llamado a reforzar la congruencia del juicio de autoría, supone convertir al perito en una suerte de pseudoponente, con una insólita capacidad para valorar anticipadamente la credibilidad de una fuente de prueba. Y concluye señalando que la existencia de un informe pericial que se pronuncie sobre la veracidad del testimonio de la víctima, en modo alguno puede desplazar el deber jurisdiccional de examinar y valorar razonablemente los elementos de prueba indispensables para proclamar la concurrencia del tipo y para afirmar o negar la autoría del imputado.

Ciertamente eso es así, pero en el presente caso la Sala ha valorado cuidadosamente todas las pruebas, y considera que el dictamen de los psicólogos sobre credibilidad de la testigo-víctima, aunque no se constituye en prueba directa de cargo, ineluctablemente contribuye a reforzar las apreciaciones de la Sala, y, como prueba indiciaria, corrobora periféricamente la declaración de la víctima. En ese sentido, y como tal prueba, la Sala no puede por menos que valorarla en su justa medida.

Así, tanto los peritos psicólogos del Instituto de Medicina Legal de Cantabria como la psicóloga del Centro de Asistencia a Víctimas de Agresiones Sexuales (CAVAS) son contestes en que la niña les hizo un relato muy extenso y coherente y subrayan la credibilidad de tal relato, sin apreciar motivaciones espurias o presiones de terceros. Los informes tanto de unos (folios 123 a 128) como de la otra (folios 142 a 146) son suficientemente explícitos, y fueron ratificados, contradichos e intervenidos en el plenario



por todas las partes. Sus conclusiones -testimonio de la menor creíble y coherente- no han sido desvirtuadas por los peritos ministrados por la defensa del procesado, que se limitaron a criticar los informes psicológicos de las acusaciones, pero que ni examinaron a la niña en ningún momento, ni hicieron otra cosa que tratar de minusvalorar los dictámenes emitidos por aquéllos, sin llegar a conseguirlo, pues reiteraron en varias ocasiones que los criterios del SVA que dieron positivo llevaban al límite la credibilidad del testimonio, sin llegar a diluirla; y coincidieron con los psicólogos de las acusaciones en que los criterios del SVA son cualitativos, no cuantitativos, por lo que un total de 8/19, cuando los 8 son de especial entidad cualitativa indica un alto grado de credibilidad del testimonio. Por otro lado coincidieron en considerar que el SVA es aplicable a menores de 18 años, y que la metodología empleada por los psicólogos del Instituto de Medicina Legal fue correcta, aunque "ellos hubieran hecho más cosas".

Mención aparte merecen las declaraciones del propio procesado. Lo primero que llama la atención es la fijación que en el período 2005-2010 tenía aquél con la niña, entonces de entre 5 y 10 años. No es lógico que un señor de entre 57 y 62 años durante ese período esté largos espacios de tiempo con una niña vecina de tan corta edad o que fuera siempre a buscarla al colegio para llevársela a su casa. Él dice que era como "su abuelo", pero su propio hijo manifestó en el plenario que la niña iba días enteros a casa de su padre, donde comía, cenaba, se duchaba, sin que todo ello le pareciera "natural" al citado hijo, que no veía normal que la niña estuviera en su casa tanto tiempo en lugar de con sus padres, que tampoco veía normal la profusión de regalos que su padre el procesado le hacía a la niña y que explícitamente manifestó que no le gustaba ver a ésta en



la casa. Ciertamente dijo el testigo llevarse mal con su padre, pero también dijo que fue a raíz de la denuncia que dio lugar a la presente causa. El propio procesado dijo en el acto del juicio oral algo que llamó la atención de la Sala: que la niña *"le dirigía la casa a él"* (sic), algo que también dijo en su declaración instructoria (folio 60: *"la niña le manejaba a él, con 10 años"*). Como le llama la atención a la Sala que en el caseto el procesado tuviera un panel lleno de fotografías de la niña y de su madre, hecho que revela una cierta obsesión del procesado con ambas, madre e hija.

Lo segundo que llama la atención es el propio reconocimiento que el procesado hizo en el plenario en el sentido de manifestar que sí era cierto que desnudaba a la niña -recordemos que en el período en que ella tenía de 5 a 10 años- *"cuando tenía que hacer sus necesidades"* o *"cuando iban a la nieve"*. En sede policial dijo que *"lo que sí hacía en muchas ocasiones era limpiarla el culo después de ir al baño"*. No es racionalmente lógico ni razonable que un hombre de su edad *"limpie el culo"* a una niña de esa edad, más aún a medida que ésta va creciendo. Además reconoció en su declaración instructoria que sentía *"afecto por la niña"*. E igualmente incurrió en varias contradicciones palmarias, por ejemplo cuando en su declaración evacuada en fase instructoria (folios 59 y 60) dijo no ser cierto que en un Bar le pusiera un embudo a la madre de la niña en la parte de atrás del pantalón y le echara agua, para luego reconocer en el acto del juicio oral que efectivamente así lo había hecho, pero que todo fue *"una broma"*. Dijo en el juicio que nunca le ponía *"porno a la niña"*, pero también dijo que un día la niña *"le dejó encendido el PC en una página porno"*. Cuesta creer que la niña tuviera acceso ilimitado y descontrolado a un ordenador personal del procesado, y que supiera por conocimiento propio acceder a ese tipo de



páginas web. Hemos de recordar que en ese período la niña tenía entre 5 y 10 años.

Los testigos que han depuesto en el plenario son todos referenciales, pero son también contestes a la hora de relatar lo que la niña les contó. Si todo respondiera a fabulaciones infantiles, lo lógico es que contándolo a terceras personas incurriera en contradicciones, fisuras lógicas o exageraciones. No ha sido así, y lo que ha contado a todos los testigos (tía, abuela, pediatra, compañera de colegio) se corresponde punto por punto a lo que la niña relató en el plenario.

Esta Sala, por consiguiente, está firmemente convencida, más allá de cualquier duda razonable, de que el procesado, en el período comprendido entre 2005 y 2010, efectuó tocamientos y actos lascivos en la persona de la niña, que cada vez fueron a más: primero aprovechando actos de aseo de la misma, luego desnudándola, hasta terminar acariciando y besando la zona genital de la chica -como explícitamente describió en el plenario- o masturbándose sobre ella en las proximidades de dicha zona genital, hechos inequívocamente incardinables en el delito de abusos sexuales mencionado *ut supra*. Por otro lado, no se ha acreditado ni probado que el procesado penetrara a la menor, ni mediante introducción de pene, total o parcial, ni mediante introducción de dedos. El *cunnilingus*, cuando no va acompañado de penetraciones digitales o peneanas no constituye acceso carnal por vía bucal en el sentido exigido por el artículo 179 del Código Penal (por todas, STS de 20-5-2013). Por otro lado, ni el Ministerio Fiscal ni la Acusación Particular han acusado por agresión sexual en su modalidad de violación.



Un extremo probatorio no aparece suficientemente claro a juicio de esta Sala: la concurrencia de violencia física o intimidación sobre la niña para la ejecución de tales actos, hechos que convertirían el delito en agresión sexual, en lugar de abusos. Ciertamente es que la niña ha dicho en todo momento que en algunas ocasiones trató de zafarse y de quitarse al procesado de encima, llegando incluso a pegarle -ella a él-. Sin embargo la Sala detecta algunas contradicciones que la inclinan a dudar de la concurrencia de tal violencia o intimidación. Dijo

en el juicio que cuando el procesado le hacía lo que le hacía "*pensaba que era un juego*", expresión que difícilmente se compadece con la concurrencia de violencia física o de intimidación. Preguntada al efecto, dijo que "*aun así le pegaba, porque no le gustaba ese juego*".

Una niña de 5, 6, 7 o más años no va voluntariamente a una casa donde su morador la pega, la agrede, la coacciona o la intimida. La niña no era llevada a la casa del procesado: iba ella sola. Y la razón de tal asistencia la explicó ella misma: el procesado le regalaba todo aquello que su padre no le regalaba (teléfonos móviles, consolas, tablets u ordenadores portátiles -a su hermana-).

Por otro lado: A) No constan partes médicas en los que se concreten señales o vestigios de violencia alguna por parte del procesado sobre la menor; B) No se consigna en las actuaciones que a la menor le quedaran secuelas psíquicas debido a la violencia aplicada en unos abusos sexuales que duraron casi seis años; C) Ni la madre ni el padre, ni la tía ni la abuela de manifestaron haber visto señal física alguna en el cuerpo de la menor atribuible a una posible agresión del procesado, ni consta tampoco referencia alguna sobre ese particular procedente de la pediatra o de cualquiera de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

los testigos ministrados, o del historial clínico de la menor obrante en la causa.

Parece razonable concluir que todo el apartado relativo a la violencia e intimidación atribuidas al procesado en el curso de los tocamientos sexuales y actos libidinosos con respecto a . debe declararse no probado, por no contar con prueba de cargo suficiente.

La Sala afirma, más allá de cualquier duda razonable, que la niña acudía a la casa del procesado con la libertad y voluntad características de una criatura de esas edades -5 a 10 años-, ofreciéndole el procesado regalos diversos para atraerla y así satisfacer sus lúbricos deseos.

Tal hecho constituye el delito de abuso sexual al que nos hemos referido más arriba, no el de agresión sexual de los artículos 178 y siguientes. En cualquier caso, la Sala duda sobre la concurrencia de violencia o intimidación, siquiera de mínima entidad, por lo que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, debemos considerar probado el delito de abuso sexual, pero no el de agresión sexual, delitos ambos que son homogéneos entre sí.

Y aplicamos la continuidad del artículo 74.1 y 3, porque aunque los delitos contra la libertad sexual atañen a bienes eminentemente personales, y la continuidad no se aplica a los delitos que afectan a ese tipo de bienes jurídicos, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales están exceptuados de esa inaplicabilidad de la continuidad cuando **afecten al mismo sujeto pasivo**, como aquí acontece, en el que el sujeto pasivo es sólo uno:

Finalmente, y en cuanto a la legislación aplicable, la Sala necesariamente ha de aplicar la regulación existente en el Código Penal en su redacción



anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio, que entró en vigor el 23 de Diciembre de ese año. Y ello porque, habida cuenta que los hechos se produjeron a lo largo del tiempo entre 2005 y 2010, pero sin concretarse fechas determinadas, no tenemos elementos de prueba suficientes que nos permitan afirmar que alguno de esos actos lascivos y tocamientos libidinosos descritos por la niña se produjeran con posterioridad al 23 de Diciembre de 2010. La niña dijo que en 2011 cesaron de producirse al haber visto un programa de televisión y haber hablado con su primo, pero no podemos decir si eso ocurrió en Enero, Mayo, Agosto o Diciembre.

En la duda, hemos de volver a acudir al principio *in dubio pro reo* y presumir que no se produjo ninguno de esos hechos después de la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010.

Nos encontramos por tanto ante un delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años tipificado en los artículos 181.1, 2, 3 y 4, y 74.1 y 3, todos ellos del Código Penal, pues, aparte de ser la víctima menor de 13 años, el procesado realizó los hechos prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coartaba la libertad de la niña, toda vez que era una persona de total confianza para la familia de ésta, además de vecino, y su edad hacía que la niña le viera como una especie de "abuelo" accidental que la regalaba cosas y se encargaba de su cuidado. Como recuerdan las SsTS de 8-9-2003 y 15-7-2005, los supuestos de relaciones sexuales entre adultos con plena capacidad de discernimiento y menores de edades inferiores a los trece años de edad, integran ordinariamente abuso con prevalimiento dada la acusada desproporción o asimetría entre las respectivas capacidades intelectivas y volitivas que determinan una situación de inferioridad manifiesta de la menor. En relación con el elemento subjetivo, es decir, el aprovechamiento consciente de esta situación de



superioridad, basta decir que dada la edad del acusado cuando sucedieron los hechos, disponía de madurez suficiente para poder comprender la trascendencia del hecho y el daño que a la normal evolución y desarrollo de la personalidad de la niña le estaba ocasionando. Durante todo el tiempo en que se producen los hechos, existe una manifiesta falta de capacidad de la menor para su autodeterminación sexual, y a su vez comenzada la desproporcionada relación, no es fácil para la menor liberarse de la influencia a que se encuentra sujeta.

TERCERO: En la realización del expresado delito y en relación a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no es de apreciar ninguna agravante, atenuante o eximente.

CUARTO: Por lo que a la pena se refiere, atendidas la naturaleza de los hechos, las circunstancias concurrentes y lo dispuesto en los artículos 66 y 74 del Código Penal, procede imponer al procesado la pena siguiendo la siguiente dosimetría: A) La pena prevista en el tipo es, bien la de prisión de uno a tres años, bien la de multa de 18 a 24 meses. La Sala opta por la pena de **prisión**, habida cuenta la edad de la menor cuando se inició la cadena fáctica (5 años), lo que convierte en singularmente reprochable la conducta del procesado. B) La pena ha de imponerse en su mitad superior, por la agravación específica contenida en el apartado 4 del artículo 181, habida cuenta que no sólo concurre una de las circunstancias previstas en el artículo 180.1 en sus números 3º ó 4º, sino que concurren las dos: la minoridad de la víctima, la especial gravedad del hecho, la quiebra de la amistad y confianza que en él tenían los padres de la niña y la naturaleza miserable de los actos realizados con la menor, obligarían a la Sala a imponer la pena en la mitad superior de tal mitad superior. C) Al ser el



delito **continuado**, la Sala ha de imponer la pena subiendo a la mitad inferior de la pena superior en grado (artículo 74.1 del Código Penal). La pena superior en grado se movería en el marco penológico comprendido entre los tres años y un día y los cuatro años y seis meses de prisión: su mitad inferior se movería entre los tres años y un día y los tres años y nueve meses de prisión. La Sala opta por imponer la pena en su máximo, dada la especial reprochabilidad, gravedad y degradación moral que los hechos acreditados reflejan: la pena será la de **tres años y nueve meses de prisión**.

Además se le impondrán al procesado las penas de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (artículo 56.1-2º del Código Penal) y las de prohibición de acercarse a la persona, domicilio, colegio o lugar en que se encuentre , a una distancia inferior a los 200 metros, y comunicarse con ella por cualquier medio, ambas prohibiciones durante un plazo de seis años (artículos 57.1 y 48.2 y 3 del Código Penal).

No procede imponer la medida de libertad vigilada, al introducirse en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010.

QUINTO: Los responsables criminalmente de un delito lo son también civilmente y las costas se entienden impuestas por Ministerio de la Ley a los culpables del delito (artículos 116 y 123 del Código Penal).

Precisamente sobre la responsabilidad civil dimanante del delito deben hacerse en este punto las siguientes consideraciones: 1ª) Es evidente que conductas como las descritas en el apartado de Hechos Probados de esta resolución son gravemente perniciosas para la formación y desarrollo de una niña de tan corta edad, por lo que la existencia de un daño moral insito en acciones



tan reprobables está fuera de toda duda. 2ª) También es evidente que no es el dinero, ni el lucro económico, lo que ha movido a la Acusación Particular a personarse en la causa, pues la indemnización que se solicita en concepto de daño moral es exactamente la misma que solicita el Ministerio Fiscal: seis mil euros. Por aplicación de los principios civiles dispositivo, de rogación y de congruencia de la sentencia es la cantidad que hemos de fijar en concepto de indemnización. Además, la falta de prueba de otras alteraciones físicas, psíquicas o psicológicas en la menor nos impide elevar la cuantía indemnizatoria.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida por la Soberanía Popular y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS:

Que debemos condenar y condenamos al procesado D. [] como autor directo y responsable de un delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de TRES AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a la persona, domicilio, colegio o lugar en que se encuentre [], a una distancia inferior a los 200 metros, y comunicarse con ella por cualquier medio, ambas prohibiciones durante un plazo de seis años.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Se le impone también el pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la Acusación Particular.

Debiendo indemnizar en concepto de responsabilidad civil dimanante de la criminal declarada a los representantes legales de la menor D^a

en la cantidad de SEIS MIL EUROS (6.000 €), con el interés legal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se aprueba el Auto de Solvencia Parcial de fecha 20-7-2016 consultado por el Juzgado de Instrucción N° 2 de Santander. Actualícense las retenciones que sobre la pensión del procesado condenado se han acordado por el Juzgado citado, obrantes en la Pieza Separada de Responsabilidad Civil, a la que se unirán los folios 38, 39 y 136 del Rollo de Sala, previo desglose.

Esta Sentencia no es firme. Contra la misma puede prepararse *recurso de casación* ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro de los CINCO DIAS siguientes al de la última notificación de la Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/