



Roj: SAP B 775/2015 - ECLI:ES:APB:2015:775
Id Cendoj: 08019370022015100100
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 2
Nº de Recurso: 8/2014
Nº de Resolución: 75/2015
Procedimiento: Sumario
Ponente: JAVIER ARZUA ARRUGAETA
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial de Barcelona
SECCION SEGUNDA
Rollo de Sala nº 8/14-v
Sumario nº 2/14
Juzgado de Instrucción nº 2 de Barcelona

SENTENCIA nº 75

Ilmos. Srs. Magistrados

Don .Javier Arzúa Arrugaeta

Don José Carlos Iglesias Martín

Doña .María José Magaldi Paternostro

En la ciudad de Barcelona a tres de febrero de dos mil quince

VISTA en nombre de S.M el Rey, en Juicio Oral y Público ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, la presente causa Sumario nº 2/14, Rollo de Sala nº 8/14, procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Barcelona, por delito contra la libertad sexual, causa seguida contra Arsenio , nacido el día NUM000 de 1981, hijo de Federico y Delfina , natural de Brasil y vecino de Barcelona, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador Don Jaume Castell Nadal y defendido por la Letrado Doña Sara Neri Aznar siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la Acción Pública.

Ha sido Magistrado Ponente S.Sª Ilma Don Javier Arzúa Arrugaeta, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales calificó los hechos de autos como constitutivos de: a) un delito continuado de abuso sexual previsto y penado en los arts. 183.1.3 y 4 d) y 74, ambos del Cº Penal y b) un delito del art. 153.2 y 3 del mismo Cº, estimando como responsable de los mismos, en concepto de autor, al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición al mismo por el delito a) la pena de once años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Asimismo se le impondrá la prohibición de aproximarse a Rosaura , así como a su domicilio, centro escolar o cualquier lugar en que ésta se encuentre o comunicar con ella por cualquier medio en el plazo de quince años y la medida de libertad vigilada por cinco años; por el delito b) se le impondrá la pena de doce meses de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tres años y prohibición de aproximación a Rosaura a así como a su domicilio, centro escolar o cualquier lugar en que ésta se encuentre a una distancia de 1000 metros y por un periodo superior de tiempo en 18 meses a la pena de prisión.

En concepto de responsabilidad civil indemnizará al legal representante de la menor en la cantidad de 10.000 euros por daño moral con aplicación de los intereses legales.

La Defensa del procesado en su escrito de calificación provisional negó los hechos solicitando la libre absolución del procesado.

SEGUNDO.- Señalado el acto del Juicio Oral para el día de hoy comparecieron al mismo el procesado y demás partes y tras la práctica de la prueba y en sede de conclusiones, la Acusación Pública y la Defensa las elevaron a definitivas, pasando a continuación a informar en defensa de sus pretensiones y cumplido el trámite de la última palabra, se declaró concluso el Juicio, quedando a continuación los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Se considera probado y así se declara que el procesado Arsenio , mayor de edad y sin antecedentes penales, estaba casado desde el año 2009 con Fermina conviviendo en el domicilio sito en la CALLE000 NUM001 , escalera NUM002 de Barcelona con su esposa y la hija de ésta, fruto de un anterior matrimonio, la menor Rosaura , nacida el NUM003 de 1999, manteniendo el procesado con la menor una relación afectiva similar a la paternal y participando de modo activo en la educación de la menor como si de su padre se tratara.

No está suficientemente acreditado que en un día no determinado de 2009, cuando la menor tenía 9 años de edad, el procesado hallándose a solas con la misma en la vivienda, tras ducharse ésta, la acompañara a su habitación y mientras la niña se secaba procediera a realizar tocamientos en su zona genital.

Tampoco está suficientemente acreditado que poco después en ese mismo año, encontrándose ambos solos en la casa, el procesado intentara convencer a la menor para que le chupara el pene y, tras mostrarle una secuencia de una felación de una película pornográfica, asegurándole que las niñas de su edad ya lo hacían, consiguiera que la menor accediera a realizarle una felación llegando a eyacular en la boca. Tampoco lo está que a partir de ese momento y con una frecuencia no determinada el procesado repitiera este hecho en diferentes ocasiones, bien aprovechando la ausencia de la madre de Rosaura del domicilio, o incluso estando ésta en la ducha, efectuando así un número indeterminado de penetraciones bucales sobre la menor. Tampoco lo está que el procesado advirtiera a la menor que no contara nada de esto a su madre porque "ésta le mataría a él y él mataría a Rosaura ", además de decirle que en su caso no tenían nada de anormal estos hechos ya que no eran de la misma sangre.

Tampoco está suficientemente acreditado que en febrero de 2012 contando Rosaura con 12 años de edad, el procesado como condición para dar permiso a la menor para ir a dormir a casa de una amiga, le dijera que se lo daría con la condición de que hicieran una cosa nueva llevando a la niña al dormitorio donde tras quitarle la ropa le dijo que se pusiera encima de él penetrándola vaginalmente. Tampoco lo está que a partir de ese día y hasta febrero de 2013, el procesado repitiera este hecho en un número indeterminado de veces en la numerosas ocasiones en que se quedaban solos en el domicilio, pidiéndole primero que le chupara el pene y penetrándola después vaginalmente ni que el procesado consiguiera que Rosaura accediera a estos hechos a cambio de otorgarle permiso para usar el ordenador o dándole más libertad para salir.

El 21 de febrero de 2013 en el domicilio familiar el procesado, enfadado con la menor por haberse ausentado ésta de la vivienda durante tres días, sin su consentimiento ni el de su madre, tuvo una discusión con la menor y le dió una bofetada.

El 27 de febrero la menor presentaba erosiones superficiales y ligero eritema y hematomas a nivel de brazo y pierna izquierda de las que tardó en curar 10 días con una sola asistencia facultativa sin incapacidad para sus ocupaciones habituales y sin que le hayan quedado secuelas sin que conste suficientemente acreditado que el autor de tales lesiones fuera el procesado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se imputa al procesado Sr. Arsenio tanto por el Ministerio Fiscal como por la representación de Rosaura , en su cualidad de acusación particular, en primer lugar la comisión de un delito continuado delito de abuso sexual previsto y penado en los arts. 183.1.3 y 4 d) y 74, ambos del Cº Penal .

A la vista de la prueba practicada en el acto de la vista oral entiende el Tribunal que no permite declarar probados, con la claridad y contundencia exigibles en materia penal, la realidad de los hechos en que se basan ambas acusaciones que se concretarían en los siguientes: a) el año 2009 y en el domicilio de ambos el procesado realizó tocamientos en las partes íntimas a la menor Rosaura , b) poco después de lo anterior y hasta febrero de 2013, en el mismo domicilio, la menor fue objeto de unas penetraciones bucales reiteradas y c) teniendo la menor doce años de edad y también hasta febrero de 2013, en el mismo domicilio, la menor fue objeto de penetraciones vaginales reiteradas.

Cabe destacar que en el presente caso la única prueba de cargo la constituye la declaración de la menor Rosaura . Bien es cierto que Doña Estrella , tía paterna de la menor, ha declarado en términos similares a ésta y que el informe psicológico obrante a los folios 222 y 226, sometido a contradicción en el acto de la vista oral, apoya en términos generales, la versión acusatoria pero debe tenerse en cuenta que la Sra. Estrella es un mero testigo de referencia pues dice conocer los hechos por lo que le ha relatado la propia menor cuando estaba viviendo en su domicilio y el referido informe pericial, aparte de la documental que se cita, se basa esencialmente en dos entrevistas psicológicas a la propia menor y otra a la citada tía. En relación con dicho informe cabe añadir que las peritos advierten, al igual que lo ha hecho el Tribunal, un distanciamiento afectivo o falta de malestar emocional que sería lo normal ante experiencias negativas de la referida gravedad y explican dicha actitud como una disociación afectiva consecuencia de los mismos hechos. Es decir lo que para el Tribunal se valorado como un dato que reduce la credibilidad de la menor es calificada por las peritos como una secuela pero, como ya se ha dicho, para dicha conclusión parten precisamente de un presupuesto fáctico como es el de la realidad de los hechos objeto de acusación sin plantearse por tanto que puedan tener otra explicación diferente a dicha realidad de los hechos cuya probanza resulta precisamente el objeto del presente juicio entendiéndose el Tribunal que dicha actitud podía ser también compatible con su falta de realidad describiendo unos hechos aprendidos. La valoración directa por parte del Tribunal que han merecido los diferentes declarantes en el acto de la vista oral gracias a la intermediación de que ha gozado en dicho acto es extensible al propio procesado y sin perjuicio de reconocer que tiene el derecho constitucional del que es oportunamente informa a no decir nada que le pueda perjudicar ello no impide que sus manifestaciones hayan podido calibrarse igualmente apareciendo como sinceras opinión extensible a la madre de la menor. En lo que se refiere a aquella, es decir a la Sra. Fermina que apoya claramente la versión del procesado, la valoración ha sido la misma y aunque es lógico entender que pueda tener intereses sentimentales, económicos o de otra clase en favor del Sr. Arsenio también debe tenerse en cuenta los lazos de sangre que la unen con la menor y la reacción que normalmente se deriva ante la noticia de que una hija ha sido objeto de agresiones de tales naturaleza

Por otro lado, en el orden objetivo, existe datos que a juicio del Tribunal también introducen una duda razonable sobre la realidad de los hechos objeto de acusación como son los siguientes:

a) aparte de que el Tribunal como ya se ha dicho, gracias a la intermediación de que ha gozado en el acto de la vista oral, ha podido calibrar la credibilidad de la menor, también ha apreciado, entre otros aspecto, su carácter extrovertido y dicho carácter espontáneo y comunicativo se ve apoyado por el propio informe pericial psicológico conforme al cual se trata de una menor que "busca elogios y afecto, habladora, con encanto social y emocionalmente expresiva...se aprecian rasgos de extraversión y sociabilidad..." En el mismo sentido se han pronunciado no solo los propios padres sino además la citada Sra. Estrella , el tío materno Don Héctor , la que se identifica como su mejor amiga Filomena y la madre de ésta Doña Socorro . Partiendo de lo anterior resulta llamativo que la menor no hiciera participe a ninguna de dichas personas el hecho de haber sido objeto de tocamientos en las zonas íntimas por parte del procesado. La menor alega que su madre la hubiera calificado de mentirosa pero tal dicha afirmación no apareció corroborada por nadie más y en cualquier caso ello supondría un grave caso de incomunicación entre madre e hija en tanto que aquella no confiaría en nada que le dijese ésta conflicto del que no se hace referencia alguna en el citado informe pericial psicológico salvo un reproche a la madre por ponerse de lado del procesado en su denuncia de los abusos y en no mantener una denuncia contra el mismo por violencia de género. Puede entenderse que la menor nada dijese a su padre, por la diferencia de sexo, así como a Doña Socorro o a su tío materno Sr. Rosaura dado lo limitado de sus relaciones con ambos pero resulta muy extraño que nada dijera, aparte de a la madre, a su mejor amiga ni a la Sra. Estrella . En cuanto a ésta bien es cierto que finalmente le relata los hechos objeto de acusación pero ello ocurre al cabo de varios meses de convivir con ella no advirtiéndose cual podría ser el motivo de no sincerarse con una persona de su total confianza, tal como ambas reconocen, tan pronto como la menor empezó a vivir en el domicilio de su tía. Aquella no ha dado explicación satisfactoria del porqué, de forma espontánea, se decide contar a su tía tales hechos al cabo de ese tiempo. Si ese silencio resulta difícilmente explicable en el caso de los tocamientos en zonas íntimas más lo es en lo que afecta a los actos de mayor gravedad, como son las felaciones y accesos sexuales por vía vaginal ambos de forma reiterada. En lo que respecta a la falta de comunicación con la madre la menor también ha precisado que en cierto momento el procesado le dijo que "su madre le mataría a él y él le mataría a la menor" pero aparte del sinsentido de la supuesta amenaza en tanto que una vez muerto el procesado nada podría hacer contra la menor ésta no menciona tal amenaza como producida al principio de las relaciones sexuales, como sería lo lógico, sino en un momento indeterminado una vez ya se habían iniciado las felaciones.

b) La menor alega que el motivo de acceder a las diferentes relaciones sexuales con el procesado era la obtención de determinadas ventajas como era el uso del ordenador de su madre y el poder salir de casa con los amigos pero si bien se desconoce el grado de prohibición de tales salidas ante la falta de prueba sobre el particular la imposibilidad de tal uso se ve contradicha por las manifestaciones de Filomena que, habiendo estado en el domicilio de Rosaura declaró que ésta podía disponer de tal ordenador no apreciándose motivo alguno por el que pudiera mentir al respecto

c) Ciertamente que el relato de la menor incluye detalles como la antes citada de la amenaza o un intento de penetración anal al que las acusaciones no hacen referencia pero la propia menor refiere que tras la agresión causada con el cinturón por el procesado, a lo que se hará referencia más adelante, se fue a casa de un amigo del que la menor no aporta su identidad y la propia Sra. Estrella indicó que, mientras vivió con ella, aunque no tenía novio sí tenía amigos y su amiga también refiere que les contó que tenía novios concretando incluso que estaba con un rumano relaciones que también menciona la propia Sra. Gregoria al indicar que "hablaba de chicos diferentes". También manifiesta la menor que el primer día en que hicieron la felación el procesado le enseñó antes una película pornográfica en que tenía lugar un acto de tal naturaleza con una persona de raza negra. Ciertamente que tales afirmaciones sobre relaciones masculinas pueden ser reales o inventadas, cuestión a la que se hará referencia más adelante, pero ello introduce una duda sobre la posibilidad de que los detalles sobre sus relaciones sexuales pudieran ser vividas, pero no en relación con el procesado, y/o contempladas a través de películas de contenido pornográfico a las que podría tener acceso en su casa.

d) El tío materno Don Héctor según el veía a la menor cada quince días aproximadamente declara que Rosaura le llamó por teléfono directamente dos veces y le relató los hechos dándole la impresión que estaba leyendo el relato.

e) La amiga y su madre aparte de relatar lo ya expuesto sobre otras amistades de la menor dato que, como ya se ha dicho, no se puede afirmar ni descartar al no haberse practicado prueba alguna al respecto la primera añade la que en cierto momento les dijo que su padre había muerto de un ataque al corazón lo que confirma su madre quien recuerda igualmente que les afirmó que su madre por dicho motivo estaba en el tanatorio fallecimiento que es obviamente falso

Por último cabe preguntarse cual pudiera ser el motivo por el que la menor pudiera haber inventado los hechos objeto de acusación y de la propia declaración de la menor apoyada por las de su madre, su padre y la tía además del referido informe psicológico puede afirmarse que frente al trato más estricto por parte de su madre y el procesado, que hacía las funciones de padre, rigor que se acentuó a raíz de un empeoramiento de sus resultados escolares desde que acudió a casa de su tía se siente mucho más a gusto gozando de una libertad de la que antes no tenía y oponiéndose claramente a vivir bajo la patria potestad de sus padres naturales decisión en la que tiene todo el apoyo de su tía con la que convive. A ello cabe añadir el enfrentamiento que tuvo lugar entre la menor por un lado y su madre y el procesado por otro después de la menor se ausentara de casa en un incidente al que se hará referencia más adelante.

En consecuencia, ante la serias dudas sobre lo que pudo haber ocurrido y en aplicación del principio, básico en materia penal de que la duda debe favorecer al reo éste debe ser absuelto de dicha imputación.

SEGUNDO.- Se imputa igualmente al procesado la comisión del delito de maltrato previsto y penado en el art. 153.2 y 3 del mismo Cº y que se basa en las lesiones sufridas por la menor ya detalladas en el Antecedente de Hechos Probados y supuestamente causadas por el procesado el 21 de febrero de 2013.

El Tribunal, también en este caso, entiende que existe una duda razonable sobre la autoría de tales hechos las siguientes consideraciones:

La realidad de las lesiones no ofrece duda pues aparece suficientemente acreditada por el informe médico forense -folios 38 y 39- que no ha sido impugnado por las partes ni contradicho por ninguna otra pericia por lo que tiene valor como prueba pericial documentada a lo que se añaden las fotografías obrantes a las folios 27 y 28 ratificadas en el juicio oral por uno de los Mossos d'Esquadra, número NUM004 que las tomó. Ciertamente que tanto el procesado como la madre reconocen la existencia de un serio enfrentamiento con la menor a raíz de la ausencia incontestada de ésta a la que ya se ha hecho referencia pero niegan que se produjera tal agresión y precisan que el procesado se limitó a darle una bofetada sin consecuencia lesiva alguna -lo que también resulta de dicho informe-.

Ahora bien, por un lado, las serias dudas sobre la realidad de los supuestos abusos sexuales por los motivos ya expuestos afectan a la credibilidad en conjunto de la palabra de la menor, por otro, como también

se ha dicho el Tribunal ha podido calibrar directamente la credibilidad del procesado y su versión ha sido corroborada por la madre de la menor. Asimismo el Tribunal valora el hecho de que no existiera una inmediatez entre la pretendida agresión y la denuncia, ni directamente a la Policía ni a su tía con la que tenía confianza sino que transcurren aproximadamente 6 días hasta que se decide contar el incidente a su tía compareciendo ambos ante la Policía y la menor explica que durante este tiempo estuvo con "un amigo" desconociendo totalmente que pudo pasar durante dicho lapso de tiempo. Por último cabe añadir que el hecho de que quien tiene asumida la función de padre, en un lógico estado de alteración debida a una fuerte discusión por una grave desobediencia de la menor le dé una única bofetada podrá ser reprobable en otro orden pero no en el penal que debe quedar limitado a los ataques más graves a los bienes jurídicos protegidos.

Por tanto el procesado debe ser absuelto igualmente de dicho delito.

TERCERO.- A contrario sensu de lo establecido en los artículos 123 y ss del Código Penal y 239 y ss de la Lecri, las costas procesales deben declararse de oficio

Vistos los artículos citados, criterios expuestos y demás normas de general y pertinente aplicación tanto del Código Penal como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, administrando en esta instancia Justicia que emana del Pueblo español en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Arsenio de la acusación formulada contra el mismo, tanto por el Ministerio Fiscal como por la representación de Rosaura en su calidad de acusación particular por la comisión en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual y de un delito de maltrato familiar.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia al procesado y demás partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma ante este Tribunal y para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

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