

RECURSO CASACION (P)

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm.

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por representado por la procuradora bajo la dirección letrada de DON JUAN GONZALO OSPINA SERRANO, contra la sentencia dictada el junio de 2018 por la Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera, en el Rollo de Sala Sumario Ordinario en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de dos delitos de abusos sexuales a menores de 13 años, en su modalidad del subtipo agravado de comisión mediante acceso carnal por vía bucal, del artículo 183.1 y 3 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Logroño incoó procedimiento

ordinario sumario por delito de abus sexual, contra

que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la
Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera. Incoado el Sumario
con fecha de julio de 2018 dictó sentencia en la que
se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:
«Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se
declaran probados los hechos siguientes
acciding programme is the first in the first
PRIMERO En fecha julio de 2013 el procesado
nacido el día , sin antecedentes penales, estaba
casado cor Era entonces y es ahora padre de dos hijos:
SEGUNDO En fecha julio de 2013 se celebró durante todo el día en las
piscinas municipales del municipio riojano de Arrúbal una fiesta "rociera".
A las últimas horas últimas de la tarde la fiesta había decaído algo y se había
marchado ya bastante gente de ese lugar, aunque aún quedaban algunos grupos de personas
tomando consumiciones en la terraza del bar de las piscinas. Mientras, algunos niños jugabar
por los alrededores junto con el procesado
Entre los niños que jugaban con el procesado se hallaban la menor [[A-1]], nacida e
día xx/xx/2006 (6 años de edad en ese momento) y la menor [[P-2]], nacida el día xx/xx/2008
(5 años cumplidos tan solo un mes antes). También estaba hijo del procesado.
Los padres de [[P-2]] se hallaban sentados con unos amigos y familiares en una de
las mesas de la terraza del bar (entre los cuales se hallaban la tía de [[P-2]], y un amigo
En una mesa cercana pero distinta de la misma terraza, se hallaban por su parte los
padres de [[A-1]].
Pagino do [f. 11].
TERCEROEn un momento dado, el procesado
por el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, en el curso de un juego en el que uno de los



menores tenía que contar y los demás esconderse, comenzó a quedarse a solas con la menor a la que le correspondiese por turno contar, con el pretexto de ayudarla en tal actividad, mientras los demás niños iban a esconderse. El lugar desde donde contaban es una pared, detrás de un pabellón junto al cual hay un descampado con tierra, piedras y vegetación silvestre (maleza, zarzas). Una vez situados en este lugar, ni el procesado ni el menor que contaba podían ser vistos por los demás partícipes del juego una vez que se habían ido a esconder, ni tampoco por los adultos que se encontraban sentados en la terraza, pues no había visibilidad desde la terraza hasta ese punto. Desde la terraza se podía llegar andando a este punto en un minuto o minuto y medio aproximadamente.

CUARTO. - Así las cosas, llegado el turno de contar para la menor [[A-1]], estando a solas [A-1]] en ese lugar, el procesado le dijo cerrara los ojos y abriera la boca, indicándole que le iba a introducir un dedo en la boca, y que ella debía adivinar qué dedo era, y que si no lo adivinaba debía de seguir contando. Sin embargo, una vez que la menor cerró los ojos, [Con ánimo de satisfacer su deseo sexual, le introdujo el pene en su boca, moviéndolo hacia delante y hacia atrás unos segundos hasta que a la menor le provocó una sensación de náusea o atragantamiento, de forma que la niña abrió los ojos y vio cómo el procesado se subía el pantalón.

QUINTO. - Posteriormente a los hechos descritos, y en la tarde noche del mismo día, la menor [[P-2]], que también participaba en el juego, se situó junto con el procesado en el mismo lugar detrás del pabellón. El procesado le dijo entonces que cerrara los ojos, abriera la boca y que contara hasta treinta. Cuando la menor accedió, cerrando los ojos y abriendo la introdujo su pene en la boca de la menor [[P-2]], tras lo boca. cual la niña salió de ese lugar, procediendo el procesado a salir inmediatamente detrás de ella. Justo en el momento en que la niña salió del lugar donde se encontraba, fue vista inmediatamente por su madre y por su tía desde la terraza donde se hallaban, las cuales se percataron de que la menor venía visiblemente enfadada y también, de que detrás de ella salía del mismo lugar el procesado La madre de [[P-2]] llamó a la niña por lo que [[P-2]] fue hasta la terraza donde estaban sus padres y su tía, mientras que el procesado se dirigió inmediatamente a sentarse junto a la mesa en la que se hallaban los padres de [[A-1]]. Al llegar junto a sus padres y su tía, la niña dijo que "un chico" le había metido "la colilla" en la boca, ante lo cual la madre de [[P-2]] le preguntó qué chico había sido, todo lo cual fue escuchado a lo que la menor, señalando al acusado, dijo que tanto por sus padres, como por su tía, como por que estaba sentado con ellos. La madre de [[P-2]], abrumada por la gravedad de lo que su hija le contaba, le dijo a su hija varias veces que se habría equivocado, que sería el dedo. Sin embargo [[P-2]] insistía, enfadada, que no le había dejado contar y que lo que le había metido era "*la colilla". "Colilla"* era el término coloquial con en que [[P-2]] se refería en su casa al órgano sexual masculino.



SEGUNDO. - Que en su virtud, debemos imponer e imponemos al acusado las PENAS SIGUIENTES:

- 1º) Por el primer delito de abuso sexual:
- a) La pena de 9 AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- b) Las penas accesorias de 10 años y seis meses de prohibición de aproximación a menos de 100 metros de la menor [[A-1]], a su respectivo domicilio, centro de estudios y cualquier otro lugar en que la menor se encuentre o que la misma frecuente, así como la prohibición de comunicarse o relacionarse con [[A-1]] por cualquier medio durante el mismo plazo y la prohibición de acudir a la localidad de Arrúbal durante todo ese mismo plazo.
 - 2º) Por el segundo delito de abuso sexual:
- a) La pena de 9 AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- b) Las penas accesorias de 10 años y seis meses de prohibición de aproximación a menos de 100 metros de la menor [[P-2]], a su respectivo domicilio, centro de estudios y cualquier otro lugar en que la menor se encuentre o que la misma frecuente, así como la prohibición de comunicación o relacionarse con [[P-2]] por cualquier medio durante el mismo plazo y la prohibición de acudir a la localidad de Arrúbal durante todo ese mismo plazo.

TERCERO.- Que asimismo debemos imponer e imponemos al acusado la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, para su cumplimiento posterior a las penas privativas de libertad impuestas, con observancia de lo dispuesto en el artículo 106, para lo cual, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, y previa la oportuna propuesta formulada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98 del Código Penal, se concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97 del mismo Código, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que se han solicitado por el Ministerio Fiscal, esto es, obligación de participar en programas de educación sexual y prohibición de aproximarse a las dos menores [[A-1]] y [[P-2]], a su domicilio, centro de estudios y cualquier otro lugar en que la menor se encuentre o que la misma frecuente, en un radio de 100 metros, y de acudir a la localidad de Arrúbal, así como de comunicarse o relacionarse con ella por cualquier medio.



Frente a dicha sentencia se ha interpuesto recurso de casación y en el primero de sus motivos se alega la infracción del artículo 24.2 de la Constitución y la vulneración del derecho a un proceso justo.

Resumiendo brevemente los argumentos de un extenso alegato, el motivo de impugnación se apoya en los siguientes argumentos:

a) La única prueba directa de los hechos ha sido la declaración de las dos víctimas menores de edad. Las menores declararon ante la policía el 23 de julio de 2013, sin intervención del juez, fiscal o defensa; declararon el día 15 de noviembre de 2013 ante la psicóloga adscrita al Juzgado, sin intervención del juez o de las partes y sin que les fuera previamente notificada la práctica de la prueba pericial para poder intervenir en la misma y, por último, declararon en el juicio oral el 15 de mayo de 2018.

Las declaraciones ante la policía o la psicóloga no fueron ratificadas ante el juez de Instrucción y carecen de validez como prueba preconstituída, máxime teniendo en cuenta que la defensa interesó la declaración de la menor en fase de instrucción denegándose dicha diligencia por providencia de 25 de marzo de 2014, con el argumento de que habían transcurrido demasiado tiempo.

- b) Los restantes testimonios, de los agentes policiales, de la psicóloga, de los padres de los menores y testigos, son todos referenciales, ya que ninguno de ellos vio lo que sucedió y se limitaron a contar lo que dijeron las niñas. Se pone en cuestión la credibilidad objetiva y subjetiva de dichos testigos.
- c) Los elementos circunstanciales que se enfatizan en la sentencia cómo el que los padres no pudieran ver desde la terraza en que estaban el



lugar de los hechos, el que las niñas estuvieran comiendo pipas o el que el padre estuviera o no acompañado no son relevantes, ni acreditan de por sí que los hechos denunciados hubieran ocurrido.

- d) El acusado ha dado una versión creíble y no es razonable suponer que los hechos se puedan cometer en un lugar con público y con los padres de las niñas a corta distancia. Además, las niñas en ninguna de sus declaraciones han dicho que vieran un pene ni tampoco han asegurado que les metieran un pene en la boca, por lo que sus manifestaciones no tienen la consistencia suficiente para un pronunciamiento de condena.
- e) En el motivo se hace un pormenorizado análisis de cada declaración y, en relación con las manifestaciones de las menores se pone el énfasis en que una de ellas no recordó nada en el juicio y que la declaración de la otra careció de la suficiente consistencia, dado que no pudo precisar qué se le introdujo en la boca, y careció de coherencia externa ya que no es creíble que un escasísimo lapso de tiempo y estando a un 1 minuto de distancia de los padres, el acusado realizara las penetraciones y se subiera los pantalones para no ser visto por las niñas.



ÚNICO. –Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho del auto de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede la libre absolución del recurrente por los dos delitos de abusos sexuales por los que fue condenado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Logroño, declarando de oficio las costas procesales causadas en primera instancia.

Se dispone, además, la inmediata puesta en libertad del recurrente, librando, al efecto, los despachos oportunos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Primero.- Debemos absolver y absolvemos a de los delitos de abusos sexuales por los que ha sido condenado por la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Logroño de fecha de de junio de 2018.

Segundo.- Declaramos de oficio las costas procesales causadas en primera instancia.

Tercero.- Líbrense de inmediato los despachos oportunos para la inmediata puesta en libertad del recurrente.