

## Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2ª, Sentencia de 15 de Mayo de 2002

Ponente: Muñoz Caparrós, José María.  
Nº de de sentencia: 40/2002  
Nº de recurso: 25/2000  
Jurisdicción: PENAL

LA LEY JURIS: 1251747/2002

ABUSOS SEXUALES. Ataque a la libertad sexual de sus dos hijas menores de edad, sin ejercicio de violencia o intimidación. Delito continuado. El acusado aprovechaba los fines de semana que como régimen de visitas le correspondían para cometer dichas acciones. Subtipo agravado. Comisión del delito prevaleciendo de su relación de parentesco con las víctimas. Eficacia de las declaraciones de las víctimas como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

### Texto

En la ciudad de Málaga a 15 May. 2002

Vista en juicio oral y público ante la Sección Segunda de esta Audiencia, la causa seguida por el Juzgado de Instrucción de anterior referencia, por delito de agresión sexual, contra el procesado ENRIQUE JOSE S. G., nacido el 10 Nov. 1967, natural y vecino de Málaga, hijo de Enrique y Antonia, sin que conste su solvencia, sin antecedentes penales y en libertad provisional en razón a esta causa, en cuya situación continúa, representado en las actuaciones por el Procurador de los Tribunales D. Luis Javier Olmedo Jiménez y defendido por el Letrado D. Adrián Broncano Campos; siendo parte el Ministerio Fiscal, como acusadora particular Silvia C. M., con la representación de la Procuradora Sra. Ruiz Rojo y ponente el Magistrado Ilmo. Señor D. José María Muñoz Caparrós, quien presidió este Tribunal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Las presentes diligencias se iniciaron por atestado policial, luego sumario en el que se dictó auto de procesamiento contra el denunciado, se concluyó la causa y se elevó a la Audiencia previo emplazamiento de las partes.

**SEGUNDO** Recibidas las actuaciones por este Tribunal, previos los trámites legales, y como el Ministerio Fiscal y la acusación particular formularon escritos de acusación contra el procesado, se acordó la apertura del juicio oral, cuya vista se celebró con asistencia del Ministerio Fiscal, del procesado, parte acusadora y de sus abogados defensores, los días 5 Mar., 25 Abr., 2 May. y 10 May. 2002.

**TERCERO.** El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos sumariales como constitutivos de dos delitos de agresión sexual continuados previstos y penados en los artículos 179, 180-3º y 4º, 74 del Código Penal, y reputando responsable en concepto de autor al procesado y no estimando concurrentes circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, solicitó se le condenase por cada uno de los delitos, a la pena de 15 años de prisión, accesorias legales, indemnización a Cinthia y Ainhoa S. C. en 700.000 ptas. a cada una por el daño moral producido y costas. Alternativamente, se le condenase como autor de dos delitos continuados de abusos sexuales de los artículos 181-2º inciso segundo y 182 último párrafo-1º del Código Penal, solicitando por cada uno la pena de diez años de prisión, accesoria de inhabilitación especial, en las dos calificaciones,

para el ejercicio de la patria potestad por seis años (artículo 192 C. Penal), indemnización y costas.

CUARTO. La acusación particular entendió que los hechos eran constitutivos de tres delitos de agresión sexual continuados, de los artículos 179, 180, 3 y 4 y 74 del Código Penal, por lo que procedería imponer al procesado, autor de los mismos, sin circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, las penas de 15 años de prisión por cada uno de los tres delitos, privación de la patria potestad sobre las menores, indemnización a cada una de ellas por cinco millones de pesetas, accesorias y costas.

QUINTO. La defensa del referido procesado solicitó su absolución con toda clase de pronunciamientos favorables.

#### HECHOS PROBADOS

Del análisis en conciencia de la prueba practicada pueden declararse como tales y así se declaran los siguientes: El procesado ENRIQUE JOSE S. G., mayor de edad y sin antecedentes penales, padre de las menores Cinthia y Ainhoa S. C., de siete y cuatro años de edad respectivamente, el que además se encontraba separado de su esposa, madre de dichas menores, aprovechando los fines de semana que como régimen de visitas le correspondían y durante los cuales convivía con las niñas en su domicilio o en el de sus padres, sin que pueda concretarse las veces en que tuvo lugar, pero al menos en tres ocasiones, sometía a cada una de ellas a tocamientos lascivos, fricciónado la vulva de las menores pero sin que haya quedado acreditado que penetrase con sus dedos las vaginas, aunque sí que les introducía el pene en la boca. La menor Ainhoa presentaba el día 11 Nov. 1997 «mínimas excoriaciones a ambos lados del introito vaginal» según dictamen facultativo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Es esencial para que aparezca el delito de agresión sexual en su modalidad de violación, la existencia de violencia o intimidación grave hacia la víctima, como se desprende de la tipificación del artículo 178 del Código Penal. La tendencia jurisprudencial, como no podía ser por menos, ha venido entendiendo que tales circunstancias han de ser entendidas en su sentido objetivo, quedando como situación intermedia, a la que se refirió el representante del Ministerio Público, aquella en la sin necesidad de una acción intimidatoria directa por parte del sujeto activo, por su condición de padre tutor, jefe... etc. pueda tener ascendiente sobre la ofendida hasta el punto de inducirla de forma grave a no defenderse. La jurisprudencia, en sentencias como la de 25 Mar. 1997, se inclina por el criterio objetivo, al existir esta especie de vacío legal que no sería lícito llenar con criterio contra el reo ampliando el tipo definitorio del delito, además de que las especiales circunstancias enunciadas ya son contempladas de otro lado en la tipificación del delito de abusos sexuales sin violencia o intimidación. En el presente caso, es claro que el acusado no ejerció violencia ni intimidación directa contra sus hijas, las que sin duda fueron inducidas en un primer momento como si se tratara de un juego, el que luego les produjo el natural malestar que les llevó de forma indirecta a manifestarlo a sus familiares para terminar confesando lo ocurrido. Por todo lo dicho, la Sala no acepta la calificación de las acusaciones como agresión sexual propiamente dicha, aunque sí como abuso sexual al que seguidamente nos referiremos.

La conducta del procesado evidencia un claro propósito lascivo, tanto en los tocamientos que efectuó sobre los órganos genitales de las menores y más aún cuando les introdujo su pene en la boca, por eso, aceptando la alternativa que ofrece el Ministerio Público, entiende que tales hechos integran el delito de abuso sexual previsto y penado en el 181-2 y 182-1 del vigente Código Penal, pues su autor, además de los tocamientos ya descritos, tuvo acceso carnal por vía bucal con sus dos hijas menores de trece años, aprovechando además su ascendiente

con las menores por ser sus propias hijas, naturalmente vulnerables al ser tan pequeñas, con lo que operan las circunstancias específicas 3ª y 4ª del artículo 180 por remisión del número segundo del ya citado artículo 182, elementos todos ellos que integran dicha tipificación delictiva. Se trata pues de dos delitos de abuso sexual que, además, han de entenderse continuados conforme al artículo 74.1 y 3 del mismo Código, pues el sujeto activo aprovechó al menos tres veces la misma ocasión, para, con el mismo propósito, en días distintos, realizar sus actos lúbricos contra las menores y lesionando así el mismo interés jurídicamente protegido que es la libertad sexual.

**SEGUNDO.** De los expresados delitos es criminalmente responsable en concepto de autor el procesado por haber tomado parte directa y dolosa en su ejecución.

Para llegar a tal convencimiento, la Sala ha valorado en conciencia las pruebas aportadas a autos con especial atención a las practicadas o ratificadas en el juicio oral. Así, son fundamentales las declaraciones de las menores, las que con toda precisión y detalle narraron los hechos en la forma en que se declaran probados. En estas manifestaciones pudo observarse la mayor sinceridad, sin fisuras ni contradicciones con las primeras declaraciones sumariales, lo que, pese al tiempo transcurrido y sin duda cierto cambio de términos gramaticales y el inevitable repaso del contenido de dichas declaraciones, confiere a las mismas la mayor credibilidad.

Son también de destacar las manifestaciones de la madre y abuela de las ofendidas, de las que se infiere la actitud en principio de mutismo total de la mayor de las niñas acerca de lo ocurrido, llegando a intentar que la otra no hiciese revelación alguna, y la forma en que la abuela descubrió en un primer momento que algo ocurría al notar que Ainhoa, la menor, decía tener molestias en sus órganos genitales, comprobándose después la existencia de cierta irritación que se determinó mediante el examen facultativo. Ainhoa describió, según palabras de su abuela, la forma en que su padre friccionaba su vulva e incluso hacía el ademán de introducir un dedo en su vagina, con expresivos gestos que excluyen toda ficción.

Estas manifestaciones fueron después examinadas y valoradas por las tres peritos psicólogas que emitieron sucesivos dictámenes, uno de ellos posteriormente ratificado y aclarado ante el Juzgado y todos en el juicio oral, en los que se establecen como conclusiones el convencimiento de que las menores no mintieron ni exageraron, llegando incluso la más pequeña de ellas a dibujar un pene referido al de su padre, al que denominaba «chupete de carne» en principio y «cuca» después, que revela un claro realismo excluyente también de toda imaginación sin base real.

Es cierto que, como destacó la defensa, el dictamen pericial del profesor Cantón Duarte a instancias de la misma, censura desde un punto de vista científico el método y procedimientos empleados por las psicólogas, de donde concluye que, desde la base de estas irregularidades y falta del rigor necesario, no puede concluirse de manera cierta la credibilidad de las menores, pero la Sala, empleando las normas interpretativas de la sana crítica, como establece el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (supletoria de la de Enjuiciamiento Criminal), estima que este último dictamen no tiene valor concluyente, pues en definitiva se trata de una crítica autorizada de un proceso técnico de investigación, que el perito no estima tener seriedad suficiente, pero no una pericial directa tras el examen del objeto de la pericia, que consiste en las manifestaciones de las menores. Los otros dictámenes, complementados por el resto de la prueba testifical y el del facultativo que examinó a la menor Ainhoa y que describió sus irritaciones vulvo-vaginales, son suficientes para llegar a la certeza sobre la forma de ocurrir los hechos y la identificación del sujeto activo de los delitos.

Del bagaje probatorio no puede deducirse que los malos entendimientos entre el acusado y su esposa que, posteriormente, se unió sentimentalmente a otra persona, provoque un verdadero sentimiento de venganza en la denunciante y todos los testigos de cargo, hasta el punto de inventar sucesos tan graves como los juzgados.

TERCERO En la ejecución de dichos delitos no han concurrido circunstancias modificativas de responsabilidad criminal que la atenúen o agraven.

En cuanto a la determinación de la pena, es claro que la tipo que procede aplicar es la de cuatro a diez años de prisión, pero en su mitad superior, tanto porque se trata de delito continuado como porque las perjudicadas son personas desvalidas ante el autor del hecho y además sus propias hijas. Todo ello lleva a entender que la pena en concreto que ha de aplicarse es la de siete años y seis meses por cada uno de los delitos enunciados y accesorias a los mismos. Dada la naturaleza de los hechos, también procede acceder a la aplicación de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre las menores, tal como interesan las partes acusadoras.

CUARTO. El responsable criminalmente de un hecho punible lo es civilmente y viene obligado al pago de las costas procesales.

Vistos además de los citados, los artículos 1, 10, 27, 56, 58, 61, 123 y 124 del Código Penal, y 141, 142, 203, 239, 240, 741, 742 y 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

### **FALLAMOS:**

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado ENRIQUE JOSE S. G., como autor, criminalmente responsable de dos delitos ya definidos de abuso sexual continuados contra sus propias hijas menores de trece años, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de siete años y seis meses de prisión por cada uno de dichos delitos, con la accesorias de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las condenas privativas de libertad así como de la patria potestad de las menores por seis años, y al pago de las costas procesales, a indemnizar a la representante legal de las menores en seis mil euros por los daños morales causados a cada una de ellas, siéndole de abono todo el tiempo que hubiese estado privado de libertad por esta causa.

Devuélvase al instructor la pieza de responsabilidad civil para que concluya con arreglo a derecho y de nuevo la remita a la Sala.

Comuníquese esta sentencia a la Junta Electoral Central.

Y así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.