



Roj: **SAP NA 565/2015 - ECLI: ES:APNA:2015:565**

Id Cendoj: **31201370022015100317**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **2**

Fecha: **30/12/2015**

Nº de Recurso: **264/2014**

Nº de Resolución: **319/2015**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **RICARDO JAVIER GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000319/2015

Ilmos/as. Sres/as.

Presidente

D./D^a. JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ

Magistrados

D./D^a. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D./D^a. RICARDO J. GONZÁLEZ GONZÁLEZ (Ponente)

En Pamplona, a 30 de diciembre de 2015 .

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, integrada en la forma al margen indicada, ha visto en juicio oral y público el presente **Rollo Penal de Sala Nº 264/2014** , derivado de los autos de Procedimiento Abreviado Nº 8205/2013 procedente del Juzgado de Instrucción Nº 2 de Pamplona, seguido por un delito de abuso sexual sobre menores de 13 años previsto en los artículos 183.1 y 183.4 D) del Código Penal , contra **D. Everardo** , nacido en Pamplona el día NUM000 de 1985, hijo de Hilario y de Candida , con D.N.I. NUM001 y domicilio en DIRECCION000 / DIRECCION001 , NUM002 NUM003 NUM004 de Pamplona/Iruña, representado por la Procuradora de los Tribunales **D^{ña}. ANDREA LEACHE LÓPEZ** y defendido por el Letrado **D. JUAN JOSÉ PATO GARCÍA** .

Ejerce la Acusación Pública el **MINISTERIO FISCAL**.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. RICARDO J. GONZÁLEZ GONZÁLEZ**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa tiene su origen en el Procedimiento de Diligencias Previas Nº 8205/2013 tramitado por el Juzgado de Instrucción Nº 2 de Pamplona.

SEGUNDO .- Formado el correspondiente Rollo de Sala y recibidas las actuaciones en esta Sala, se dictó auto admitiendo las pruebas propuestas por las partes, procediéndose mediante diligencia de ordenación al señalamiento del Juicio Oral.

TERCERO - El Ministerio Fiscal presentó escrito de conclusiones provisionales en los siguientes y literales términos:

<< CONCLUSIONES PROVISIONALES

PRIMERA.- *El acusado Everardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 11 de septiembre de 2013 en hora indeterminada pero anterior a las 13:55 horas, accede junto con sus hijos Arcadio y Enriqueta , nacidos el NUM005 /20004 y NUM006 /2007 respectivamente, al autobús línea 7 que cubre el trayecto hasta Barañain en la parada de Marcelo Celayeta.*



El acusado se sentó junto a su hija Enriqueta , que ocupó el asiento próximo a la ventana, y con ánimo lascivo y libidinoso, comenzó a tocar el trasero de la niña, tras meterle la mano dentro del pantalón y dentro de la braga, mientras le decía "A TI TE TOCAN TU PADRE Y TU MADRE".

La niña permaneció muy quieta todo el trayecto, con cara de asustada y triste.

SEGUNDA .- Los hechos descritos en la conclusión anterior, son constitutivos de UN DELITO DE ABUSOS SEXUALES SOBRE MENORES DE 13 AÑOS de los artículos 183.1 y 183.4 D) CP .

TERCERA.- Del mencionado delito es responsable, en concepto de autor, el inculpado, por haber realizado el hecho por sí solo (artículos 27 y 28 del Código Penal).

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

QUINTA.- Procede imponer al acusado las penas de 7 AÑOS DE PRISION, ACCESORIA correspondiente del artículo 56 del CP Y COSTAS PROCESALES.

Asimismo, EL FISCAL, de conformidad con el artículo 192.3 del CP , interesa se imponga al acusado la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante 5 años.

De conformidad con el artículo 57.2 CP , el FISCAL interesa se imponga al acusado la prohibición de acercamiento a su hija Enriqueta a una distancia de 300 metros, su domicilio o lugar de estudio o donde se encuentre durante 5 años, así como de comunicación con ella por cualquier medio. >>

CUARTO .- El Ministerio Fiscal, en el acto del juicio oral, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, **a excepción de la quinta** en lo relativo a la duración de la pena de prisión, que modificó, **rebajándola a CUATRO AÑOS** , manteniéndolas en todo lo demás.

QUINTO .- Los hechos por los que el Ministerio Fiscal formuló y mantuvo su acusación contra Everardo son los siguientes:

<< El acusado Everardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 11 de septiembre de 2013 en hora indeterminada pero anterior a las 13:55 horas, accede junto con sus hijos Arcadio y Enriqueta , nacidos el NUM005 /20004 y NUM006 /2007 respectivamente, al autobús línea 7 que cubre el trayecto hasta Barañain en la parada de Marcelo Celayeta.

El acusado se sentó junto a su hija Enriqueta , que ocupó el asiento próximo a la ventana, y con ánimo lascivo y libidinoso, comenzó a tocar el trasero de la niña, tras meterle la mano dentro del pantalón y dentro de la braga, mientras le decía "A TI TE TOCAN TU PADRE Y TU MADRE".

La niña permaneció muy quieta todo el trayecto, con cara de asustada y triste . >> (sic)

SEXTO .- La defensa del acusado Everardo , en igual trámite, elevó sus conclusiones a definitivas y solicitó su libre absolución.

SÉPTIMO .- Celebrado el acto de Juicio Oral, se levantó el acta correspondiente por la Sra. Secretario de la Sala, procediéndose, asimismo, a su grabación en soporte audio-visual de DVD, del que una copia ha sido incorporada al Rollo de Sala.

II.-HECHOS PROBADOS

Examinada la prueba practicada, declaramos como PROBADOS los siguientes hechos :

El acusado Everardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 11 de septiembre de 2013, en hora indeterminada pero anterior a las 13:55 horas, accedió junto con sus hijos Arcadio y Enriqueta , nacidos el NUM005 /2004 y NUM006 /2007 respectivamente, al autobús línea 7 que cubre el trayecto hasta Barañain en la parada de Marcelo Celayeta.

El acusado se sentó junto a su hija Enriqueta , que ocupó el asiento próximo a la ventana y comenzó a tocar el trasero de la niña, tras meterle la mano dentro del pantalón y dentro de la braga, mientras le decía "A TI TE TOCAN TU PADRE Y TU MADRE".

Durante el referido trayecto la niña, Enriqueta , ante las acciones de su padre, no mostró signo alguno de encontrarse o sentirse incómoda, intranquila, inquieta o perturbada, ni mediante palabra ni por medio de gestos o cualquier tipo de acto que llamase la atención ni del conductor del autobús ni de otros viajeros.

III.-FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO .- PRUEBA Y CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Los hechos que hemos declarado como probados no son constitutivos del delito por el que el Ministerio Fiscal ha formulado acusación contra Everardo , ya que la prueba de cargo practicada en el acto del juicio oral ha resultado manifiestamente insuficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado y fundamentar una sentencia condenatoria.

Según lo dispuesto en el **artículo 183.1 del Código Penal** , en la redacción vigente en el momento de suceder los hechos enjuiciados, " *El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años* " (redacción vigente desde el 23 de diciembre de 2010 hasta el 30 de junio de 2015),

Podemos decir, si se prefiere, que los hechos objeto de acusación y solo estos, pues no se hizo variación alguna, sea para suprimir una parte de ellos, sea para enriquecerlos, son los que son desde la presentación de la querrela por parte del Ministerio Fiscal, plasmados después en el escrito de conclusiones provisionales emitido 5 días después, sin que la escasa investigación realizada haya servido para otra cosa que para llegar innecesaria y gratuitamente a la celebración de un juicio cuando no se ha conseguido allegar a la causa unos mínimos y serios indicios delictivos contra dicho acusado; todo lo más, concluidas las pruebas propuestas y practicadas, debería haberse retirado la acusación por delito e, incluso, por la de una simple e hipotética falta.

Consciente de ello se mostró el Ministerio Fiscal cuando trató de minimizar la relevancia, aunque solo dialécticamente, del inciso no suprimido de su escrito de acusación " *con ánimo lascivo y libidinoso* ", ya que su eliminación del relato acusador hubiese supuesto **lisa y llanamente, rectamente, la absolución del acusado** .

Y es que si, como se ha postulado por algún sector doctrinal y algunas sentencias, se prescinde en el artículo 183.1 (redactado según la reforma de Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) del " **carácter sexual** " (implícito en el texto legal y recogido ahora de forma explícita en el artículo 183.1 CP tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo) referido o predicado respecto de los actos que deben atentar contra la **indemnidad sexual** (no olvidemos que el Título VIII del que forma parte el artículo examinado reza " *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* ") de un menor de trece años, la acción que se cometa quedará objetivamente desprovista de la más mínima connotación sexual, haciendo innecesario ya indagar sobre la concurrencia del dolo o elemento subjetivo del delito en cuestión; en definitiva, no habrá atentado alguno contra esa indemnidad sexual, como tampoco, por falta de verdadera capacidad para consentir esta clase de actos, contra su libertad sexual.

Esta ausencia de acto atentatorio contra la indemnidad de su hija se ve claramente si detenemos un instante nuestra atención en que en el relato de la acusación se destaca la frase atribuida al acusado y dirigida a la menor: " **A TI TE TOCAN TU PADRE Y TU MADRE** ", y que hemos dado por probada sin mayores disquisiciones pues, en todo caso, deviene irrelevante si reparamos en que el acusado se coloca **en pie de igualdad con la madre de la menor**, lo que solo puede ser tomado como algo demostrativo de esa falta de connotación sexual que el tipo penal exige y que de faltar únicamente podría haber dado lugar a su imputación por una falta de vejación injusta lo que no es el caso. Ni el padre de Enriqueta tenía en su mente ni en su ánimo, ni por asomo, intención alguna teñida de ese lascivo ánimo (menos aún en un autobús urbano, a la vista de cuantos pasajeros pudiera haber), a no ser que se quiera hacernos creer que similares comportamientos obscenos también eran propios de la madre de la menor; ni tal extremo puede deducirse desde la perspectiva de cualquier observador neutral que no se guíe por un exceso de celo puramente subjetivo, como ha sucedido en el caso que nos ocupa a partir de la personal visión e interpretación de los hechos de la testigo Sra. Carolina , cuya declaración, tanto en la Comisaría de Policía, como en el Juzgado de Instrucción, no puede ser más elocuente en este sentido.

Veámoslas.

En la Comisaría de la Policía Nacional de Pamplona declaró:

<< – Que la dicente ha cogido el Autobús de la línea 7 en la parada de la calle Marcelo Celayeta a la altura del banco Ibercaja. Que en una parada posterior puede observar como se dispone e montar un individuo de unos 27 años, con chandal azul de rayas, pelo negro y tez blanca, junto con dos niños que le pregunta al conductor si era la línea siete la que iba a Barañain. Que una vez que suben los menores le dice al conductor que tienen cuatro años la niña y cinco el niño. Que seguidamente se sientan detrás de de la dicente, sentándose el niño justo detrás de la dicente y el padre y la niña juntos en el asiento de enfrente de este.

– Que la dicente se da cuenta de que por la forma de hablar del padre que parece estar bajo la influencia de algún tipo de bebida alcohólica. Que en un momento dado puede oír con claridad como le dice a su hija "LOS QUE TE TOCAN A TI SON PAPA Y MAMA".



-- Que antes de bajar la dicente del Autobús se levanta y se queda de pie justo detrás de este individuo hasta su parada, pudiendo observar como el padre tenía la mano metida por dentro del pantalón de su hija y le estaba tocando los glúteos. Que asimismo pudo observar como la actitud de la niña no era la de estar alegre y en un juego, sino que se encontraba asustada y compungida, llegando a mirar con cara triste hacia la dicente como mostrando su disconformidad con lo que estaba haciendo su padre.

-- Que una vez que la dicente baja del Autobús le comenta a otra mujer que se había bajado con ella los hechos, manifestándole esta mujer que también le había tocado los genitales al niño.

-- Que este hombre parecía estar enfermo y bajo los efectos de drogas o alcohol, no conociendo a este hombre ni a los niños de nada. >>

Y ante el Juzgado de Instrucción, tras ratificarse en la declaración prestada tres meses antes en la Policía Nacional de Pamplona lo siguiente:

<< Que quiere añadir que posteriormente se acordó de otra frase que el padre le dijo a los niños. Que le dijo "tu madre te ducha así". Que no sabe exactamente a quién se dirigía porque la declarante estaba de espaldas.

Que la declarante iba sentada en el asiento de al lado del conductor y cuando se subió el hombre con los dos niños se sentó el niño justo detrás de la declarante, de espaldas, y el señor con su hija en el de enfrente, mirando al niño.

Que durante el camino escuchó un par de frases, la mencionada anteriormente y "a ti te tocan tu padre y tu madre".

Que la declarante no tenía contacto visual durante el viaje con los tres.

Que cuando llegó su parada, la declarante se levantó y se puso justo detrás del hombre, junto a la puerta. Que la niña estaba sentada en el lado de la ventada, al lado del padre. Que es un asiento adaptado, más ancho de lo normal.

Que entonces vio que el padre tenía la mano metida dentro del pantalón de su hija, que la tenía también dentro de la braga, ya que la declarante pudo ver un poco el trasero de la niña.

Que estaban quietos quietos y él con esa posición, sin moverse.

Que a los niños no les oyó en ningún momento. Que no dijeron nada en todo el viaje. Que tenían cara de tristes y apagados.

Que cuando se bajó de la villavesa comentó con una señora si había visto lo que estaba haciendo este hombre, ya que ella se bajaba también indignada. Que le dijo que sí, que había visto lo de la niña y que antes le había tocado sus partes al niño.

Que no conoce de nada a esta señora, que no le ha vuelto a ver más.

Que cuando se acordó de la frase de la ducha, después de que habló con la señora, pensó que podía haber coincidido cuando le estaba tocando al niño.

Que esta señora era musulmana, que llevaba un pañuelo en la cabeza y llevaba una cochecito de niño vacío. Que se bajó en la parada del ambulatorio de San Jorge. Que los hechos ocurrieron sobre las 13.55 horas.

Que el hombre hablaba como ralentizado, que no le conoce y no sabe cómo habla habitualmente pero en el hablar se le notaba bajo los efectos de alguna sustancia o enfermo.

Que no ha vuelto a ver a este hombre y a los niños, que no suele coger la villavesa en esa dirección. >>

Ya en el acto del juicio oral, conforme se recoge en el acta levantada por la Sra. Secretario Judicial :

Al Ministerio Fiscal : No conoce ni al acusado ni a los niños. El día de autos viajaba del autobús. Iba a bajar y por eso se levantó y se agarró a la barra. El acusado iba con la mano metida bajo la ropa de la niña. El acusado subió al autobús una parada después de subir ella en San Jorge. Durante el trayecto oyó al padre decir "tu madre te ducha así" y "a ti te tocan tu padre y tu madre". Considera que esto sucedió en dos minutos o tres. Antes de eso vio que el acusado se levantaba y preguntaba al conductor si esa era la línea de Barañain. La niña la miró a través del cristal como apagada, no estaba contenta. La testigo bajó del autobús a la par que otra persona que le dijo que el acusado también había tocado a su hijo sus partes. No le pareció que la actitud del padre fuera cariñosa. Al bajar como no llevaba móvil fue al centro de salud y de allí llamaron a la Policía.

Al Letrado de la defensa : No sabe quien era la mujer que bajó con ella. Durante el viaje tuvo contacto visual con el acusado. Que fijamente no se miraron pero sí los veía. Durante el viaje ella iba delante y ellos detrás.



Que cuando el acusado dijo "tu madre se dirigía así" no sabe a cual de los niños se dirigía pero supone que a uno de ellos.

En lo que se refiere a los otros dos testigos de cargo, propuestos por el Ministerio Fiscal, **los agentes de la Policía Nacional** N° NUM007 y N° NUM008 , poco o nada pudieron aportar para sostener la acusación formulada y menos aún para fundamentar, siquiera por corroborar algún extremo incriminatorio, una sentencia condenatoria, ya que su intervención se limitó, como declaró el primero de ellos, a localizar el autobús donde se produjeron los hechos y preguntar a la gente que viajaba en el mismo, diciéndoles que no habían visto nada y que la denunciante ya había bajado del autobús cuando ella llegó.

Añadió que ella misma, cuando bajaron del autobús con el acusado y los niños, estos les dijeron que eran felices y que no había pasado nada. Posteriormente los llevaron al domicilio y los entregaron a la madre.

A preguntas del Ministerio Fiscal aclaró que hablaron con los niños y que como conocían la denuncia sabían como actuar, y a las de la defensa que hablaron discretamente con el conductor y los viajeros que estaban alrededor del acusado y que nadie había visto nada raro.

Por su parte, el agente N° NUM008 confirmó la declaración de su compañera, manifestando que el chofer y los viajeros que estaban cerca del acusado dijeron que no habían visto nada; que bajaron del autobús con el acusado y los niños y hablaron con ellos y que el declarante habló con el acusado, quien al principio estaba un poco alterado y negó los hechos denunciados.

A preguntas de la defensa reiteró que después de localizar al acusado y sus hijos hablaron con el conductor y dos viajeros que se encontraban cerca de ellos y nadie había visto nada.

En cuanto a las pruebas de descargo, además de la declaración prestada por el propio acusado que solo contestó a las preguntas de su Letrado, declararon en juicio como testigos la Sra. Angelina , que fue tutora de Enriqueta y se ratificó en el informe que había elaborado; no detectó signos de abusos del padre sobre la menor, ni ningún comportamiento sexual inadecuado en la menor, aclarando que en el Centro escolar hacen evaluación continua y seguimiento.

A preguntas del Ministerio Fiscal manifestó que había estudiado magisterio y psicopedagogía.

También prestó declaración la **Sra. Dulce** , manifestando que fue la tutora del hijo del acusado y se ratificó en su informe. Explicó que el niño tiene un desfase curricular y por eso tiene un apoyo a nivel académico. No ha detectado ningún indicio de abuso sexual del padre hacia los hijos ni ningún comportamiento sexual inadecuado.

Finalmente, la **Sra. Hortensia** , quien se ratificó en el informe social que ha elaborado y que obra en los autos. Ha intervenido con la familia para temas asistenciales. Con los niños no ha hablado nunca.

Como fácilmente se desprende del contenido de las pruebas practicadas resulta de todo punto imposible el dictado de una sentencia condenatoria ante la ausencia de una mínima actividad probatoria que viniese a reforzar las meras apreciaciones y valoraciones subjetivas de la única testigo que aportó su particular visión de los hechos en sentido incriminatorio para el acusado.

Toda la acusación se basa en lo que no ha sido sino una pura y muy subjetiva apreciación personal de una tercera persona (de las muchas que iban en el autobús) sobre una forma de relacionarse el padre con su hija que podrá no ser de su agrado o del de otras muchas personas, pero que en sí mismo no denota nada, salvo una forma de mostrar afecto y cariño, inapropiada si se quiere, pero muy lejana a lo que es exigible para hacer un reproche penal, ni siquiera el más liviano de una falta de vejaciones.

En este sentido y haciendo abstracción de las circunstancias concretas de cada caso, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 789/2013, de 21 octubre (RJ 2013\7116) y núm. 702/2013 de 1 octubre . RJ 2013\7327

SEGUNDO .- COSTAS

De conformidad con lo previsto en los artículos 239 y 240 LECrim ., habiendo sido absuelto el procesado, procede declarar de oficio las costas procesales causadas en esta causa.

VISTOS los artículos citados y los demás de pertinente aplicación.

IV.-FALLO

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Everardo del delito de abusos sexuales sobre menores de 13 años previsto en los artículos 183.1 y 183.4 d) del Código Penal del que venía siendo acusado por



el Ministerio Fiscal, con toda clase de pronunciamientos favorables y declaración de oficio de las costas procesales.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN**, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ