



Roj: **STSJ M 5709/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:5709**

Id Cendoj: **28079310012019100118**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2019**

Nº de Recurso: **173/2019**

Nº de Resolución: **159/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31053860

NIG: 28.148.00.1-2017/0006071

Procedimiento Recurso de Apelación 173/2019

Materia: Abusos sexuales

Apelante: D./Dña. Jesús Luis

PROCURADOR D./Dña. JOSE ANDRES PERALTA DE LA TORRE

Apelado: MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA N° 159/2019

Exmo. Sr. Presidente:

D. Celso Rodríguez Padrón

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Francisco José Goyena Salgado

Don Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 22 de julio de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó en el procedimiento ordinario nº 42/2018 sentencia de fecha 22 de octubre de 2018 , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" Jesús Luis era la pareja sentimental de Flora , con la que convivía en unión de los tres hijos menores de ésta así como de un sobrino de la misma de nombre Adrian , mayor de edad. La pareja habitó, primero, en la C/ DIRECCION000 de la localidad de DIRECCION001 , y después en la C/ DIRECCION002 , nº NUM000 , NUM001 NUM002 , también de la localidad de DIRECCION001 .

Jesús Luis tenía con los menores una relación casi paternal, hasta el punto de que estos llamaban a Jesús Luis "papá".

El día 1 de febrero de 2017, y cuando vivían en la primera dirección citada, Jesús Luis aprovechándose de la relación que mantenía con los menores y de que la madre estaba dormida, para satisfacer sus deseos sexuales,



se introdujo en la habitación donde dormía la menor Silvia , nacida el NUM003 de 2.010, por lo que tenía entonces 6 años, y le metió la mano por debajo del pantalón del pijama, tocando los genitales de la niña.

El día 19 de julio, y viviendo ya en el segundo de los domicilios, Jesús Luis , aprovechando la misma situación y también con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales, se introdujo en el dormitorio de la menor, le quitó el pantalón del pijama y las bragas, realizando tocamientos con las manos y con la lengua en la zona genital de la menor.

Jesús Luis es mayor de edad, pues nació el NUM004 de 1.967 en Madrid, siendo titular del DNI NUM005 y careciendo de antecedentes penales".

SEGUNDO.- La referida sentencia contiene el siguiente pronunciamiento en su parte dispositiva:

"FALLAMOS: Condenamos a Jesús Luis como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual, del art. 183.1 y 4 d) en relación con el art. 74 del Código Penal concurriendo como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, la atenuante de reparación del daño, a la pena de prisión de cinco años y tres meses, con seis años de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad y con el contenido que se determine en ejecución de sentencia conforme al artículo 106.

Se impone, así mismo, la prohibición a Jesús Luis de comunicar con la menor Silvia . por cualquier medio y de acercarse a ella A SU DOMICILIO Y LUGAR DE ESTUDIOS, A UNA DISTANCIA INFERIOR A 500 METROS, DURANTE 10 AÑOS, que se cumplirán de forma simultánea a la pena de prisión.

De conformidad con lo previsto en el artículo 56 del Código Penal , debemos condenar así mismo al acusado a las respectivas penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Para el cumplimiento de las penas, abónese el tiempo que el penado haya estado privado de libertad por esta causa".

TERCERO.- Notificada la misma, interpuso contra ella recurso de apelación la representación procesal de Jesús Luis , recurso que fue impugnado por el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Admitido el recurso en ambos efectos y tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 790, al que se remite el art. 846 ter, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se elevaron las actuaciones a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

QUINTO.- Una vez recibidos los autos en este Tribunal, en diligencia de ordenación se acordó formar el oportuno rollo, se designó Magistrado ponente, y se acordó señalar para el inicio de la deliberación de la causa el 19 de julio de 2019.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

HECHOS PROBADOS.- Se aceptan los hechos declarados probados en la sentencia apelada, rectificándose la fecha con la que se inicia el tercer párrafo, que deberá ser "1 de enero de 2.017", añadiéndose, además, los siguiente párrafos:

"El acusado, Jesús Luis , ha abonado a Flora , en cuanto representante legal de la menor, la cantidad de 10.000 euros, en concepto de reparación por los hechos que aquí se enjuician.

El acusado presentaba un consumo perjudicial de alcohol y cocaína a la fecha de los hechos, sin que se haya acreditado, sin embargo, que tuviera influencia alguna en su capacidad para comprender la significación de los que actos que protagonizó ni para sujetar su conducta a dicha comprensión".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son tres los motivos sobre cuya base se estructura el presente recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado en este procedimiento.

Así, en primer lugar, por lo que respecta exclusivamente a los hechos que en el relato de los probados se asegura cometidos el día 1 de febrero de 2017, considera quien ahora recurre que no existen con relación a los mismos *"argumentos suficientes en la valoración del Tribunal respecto de la prueba porque vulnera la exigencia de una mínima racionalidad para llegar a una sentencia condenatoria"*.

Se asegura también que ni la propia víctima, en la exploración "ratificada" (sic) en el acto del juicio oral, ni ningún testigo, han "ratificado" (sic) lo que la Audiencia asegura en la página 3 de su sentencia (se refiere el apelante al relato de hechos probados) por lo que concierne a los que la parte apelante discute.



Destaca el recurrente, para finalizar este primer motivo de impugnación, que el único testigo que se refirió a esos hechos, los pretendidamente acaecidos el 1 de febrero (en realidad, enero) de 2.017, se expresó con dudas evidentes respecto a haberlos presenciado.

Sin embargo, quien ahora recurre acepta, --no impugna en absoluto--, la responsabilidad del acusado por lo que concierne a los hechos acaecidos el pasado día 19 de julio de 2017.

En segundo término, razona quien ahora recurre que, a su parecer, debió ser apreciada la circunstancia atenuante de reparación del daño, contemplada en el artículo 21.5ª del Código Penal como muy cualificada, siendo que, en cambio, en la resolución impugnada se aprecia como circunstancia atenuante simple. Y ello, conforme explica la parte apelante, porque considera que la cantidad destinada a satisfacer las indemnizaciones que pudieran derivarse del presente procedimiento, en sí misma considerada, es importante; además de que ha de tenerse en cuenta que, según en el recurso se afirma, el acusado apenas percibe 900 € en nómina, tuvo que vender su casa para poder abonar dicha cantidad y actualmente convive con sus padres ya jubilados.

Y finalmente, entiende quien ahora recurre que debió ser aplicada la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21.1 o 21.6 (en realidad 21.7) del Código Penal " y ello porque el acusado presentaba una larga trayectoria de consumidor habitual de sustancias estupefacientes y consumo prolongado de alcohol ". Pone el acento la apelante en que " existen informes y declaraciones prestadas en el acto del juicio oral que ratifican que el acusado era consumidor habitual de cocaína y tiene los parámetros de trastorno por consumo perjudicial de alcohol y cocaína ". De ahí, concluye la apelante que el acusado habría cometido el delito "bajo la influencia de un trastorno porque en la fecha de los hechos no estaba bajo tratamiento y a pesar de ello, estaba trastornado. Ese dato no puede ser salvado por la sala y concluir que para el hecho delictivo no se hallaba trastornado, porque sí lo estaba", como, asegura el apelante, que dijeron los peritos que depusieron en el acto del juicio oral.

Presunción de inocencia.-

SEGUNDO.- En el desarrollo de su primer motivo de impugnación halla la parte apelante un obstáculo argumental de no insignificante importancia. En efecto, los hechos aquí enjuiciados se concretan en la existencia de dos abusos sexuales cometidos sobre la misma menor. El primero, aunque en el relato de hechos probados se sitúa en el día 1 de febrero de 2017, en realidad, conforme claramente resultó establecido en el acto del juicio oral, en cuanto hecho imputado mismo, se refería al día 1 de enero de 2017 y, de ahí, que se haya corregido parcialmente el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada respecto de dicha fecha. Efectivamente, no cabe duda de que estos primeros hechos que se imputan a Jesús Luis , se situaron, tanto por la madre de la menor como por el sobrino de aquélla, Adrian , en el momento en el que la familia regresó a la casa después de haber estado celebrando la fiesta de fin de año. Así lo declararon ambos, sin oposición o contradicción alguna, en el acto del juicio oral, siendo que la menor no resultó, naturalmente, capaz de situar ninguno de los dos abusos que se imputan al acusado en una fecha exacta.

Sentado lo anterior, lo cierto es que quien ahora recurre viene a aceptar los hechos que se le atribuyen en la sentencia impugnada y que admite así haber cometido el pasado día 19 de julio de 2017. Centra sus quejas, sin embargo, en los que habrían tenido lugar primeramente, es decir, los que acaecieron, tras la corrección de la que se ha dejado hecho mérito, el pasado día 1 de enero de ese mismo año. El obstáculo que halla en sus razonamientos la ahora recurrente obedece a que unos y otros hechos, en sustancia, resultan acreditados a través de idénticas fuentes de prueba, --muy particularmente de la exploración de la menor que, como prueba preconstituida, fue reproducida en el acto del juicio oral, y aparece también corroborada por otros elementos de prueba idénticos en ambos casos--, por lo que la *disección microscópica* de unos y otros no resulta sencilla. Dicho de otra manera: si se acepta que el resultado de la exploración de la menor, adverbado por determinados medios probatorios a los que más adelante nos referiremos, resulta bastante para considerar acreditados los hechos que se imputan al acusado acaecidos el 19 de julio, es porque se admite también que dichas manifestaciones de la menor ni obedecen a motivos espurios, ni aparecen sugeridas o dirigidas por su madre, frente a lo que mantuvo la defensa del acusado; y porque se entiende, a la sazón, que el relato de dicha exploración aparece confirmado por otros elementos que, aun recayendo sobre aspectos periféricos, vienen a consolidarlo sólidamente.

A partir de aquí, resulta particularmente complejo contradecir el resultado de esos elementos probatorios, --que se reconocen suficientes con relación a los hechos acaecidos el 19 de julio de 2017--, negándoles eficacia con relación a los que acaecieron el 1 de enero. En definitiva, si el relato de la menor, por los que a los últimos hechos respecta, no aparece ensombrecido o cuestionado por supuestos propósitos espurios, ni inducido o forzado por su madre, y si los otros elementos probatorios sirven para confirmarlo, difícilmente podría mantenerse, con razón, que aquellos móviles o propósitos espurios, entonces inexistentes, emergen con relación a los hechos





que se aseguran primeramente acaecidos; o que los mismos elementos probatorios que confirmaron aquel son ahora inútiles para este.

En definitiva, muchas veces se ha dicho ya que ordinariamente el testimonio de la víctima, y en general las pruebas testificales, han de ser valoradas de un modo unitario, sin desmenuzar sus contenidos para tener por acreditados unos hechos proclamados por el testigo y rechazar, en cambio, los otros, en la medida en que, también ordinariamente, el testigo veraz respecto de una parte de su relato no debe sin más reputarse mendaz respecto de otro. Dicha afirmación general obedece a que si el testimonio se revela bastante y cierto con relación a unos determinados hechos, sólo poderosas razones, que necesariamente habrán de ser justificadas, conducirían a rechazar ese mismo medio probatorio con relación a otros. Así, descendiendo al concreto supuesto que se somete ahora a nuestra consideración, si se acepta que el relato de la menor es en todo veraz respecto a lo sucedido el pasado día 19 de julio de 2017, no se acierta a comprender qué finalidades ilegítimas podría perseguir la niña (y su madre y su primo) afirmando que otros hechos, sustancialmente equivalentes a los anteriores, sucedieron también el día 1 de enero de 2017 y fueron cometidos, igualmente, por el acusado.

Consciente de esta dificultad argumental, la defensa de Jesús Luis en su recurso pretende que con relación a los hechos acaecidos el 1 de enero de 2017 (que sitúa en alguna ocasión, arrastrando el error advertido en la sentencia de instancia, el 1 de febrero), "*ni la víctima, en la exploración ratificada en juicio oral (sic), ni la manifestación de ningún testigo*", ha justificado este extremo, poniendo el acento en la circunstancia de que el testigo, Adrian, expresó dudas respecto de lo que en dicha ocasión habría podido ver, concluyendo, en definitiva, quien ahora recurre, que: "*Ni la menor, en la exploración, ni ninguna otra prueba expuso o dijo que el acusado, el día 1 de enero de 2017, hubiera metido las manos entre la ropa de la cama de la menor*".

En definitiva, la parte apelante, con el propósito de sortear la dificultad anunciada, sustenta su recurso, por lo que a este motivo de impugnación respecta, en la circunstancia de que, a su juicio, la menor en la exploración que protagonizó no se refirió con claridad a estos hechos, los acaecidos el 1 de enero de 2017, que se sustentarían de forma exclusiva o principal en el dubitativo testimonio de su primo.

TERCERO.- Este primer motivo de apelación no puede progresar. En efecto, conforme tiene declarado el Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia, contemplada en el artículo 24 de nuestro Texto Fundamental, comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias: 1ª) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos; 2ª) sólo puede entenderse como prueba la obtenida legalmente y practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de concentración y publicidad; 3ª) de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una facultad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

A su vez, nuestro Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de destacar también, por ejemplo en su sentencia de fecha 15 de junio de 2017, que el juicio acerca de la eventual vulneración de la presunción de inocencia denunciada, debe efectuarse sobre la base de un triple orden de consideraciones, a saber: a) El "juicio sobre la prueba", para constatar si existió prueba de cargo; b) "El juicio sobre la suficiencia", referido a la consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y c) "El juicio sobre la motivación y su razonabilidad", sobre si se explicitaron los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia. Todo ello para determinar si la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Es claro, por otra parte, como destaca la última sentencia referida, que la garantía de presunción de inocencia implica, en efecto, una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado. Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

Por otro lado, no debe ignorarse tampoco que, como ha señalado este mismo Tribunal, por ejemplo en nuestras sentencias de 24 de julio de 2018 o de 20 de febrero de 2019, es constante doctrina jurisprudencial, en relación con el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en los procesos penales, la que establece que aun cuando se trata de un recurso amplio, respecto del cual el Tribunal ad quem puede examinar el objeto





del mismo con igual amplitud y potestad con que lo hizo el Tribunal "a quo", ha de tenerse en cuenta que el acto del juicio oral tiene lugar ante éste último, que recibe con inmediatez las pruebas, de lo que cabe deducir que, pese a aquella amplitud del recurso, en la generalidad de los casos, y en atención al principio de inmediatez que informa el sistema oral en materia penal, ha de respetarse la apreciación que de la prueba en conjunto y subsiguiente valoración de los hechos haya realizado el tribunal de instancia, al ser el que puede aprovechar mejor las ventajas de haber presenciado directamente la práctica de dichas pruebas.

Conforme a tal doctrina, no cabría entender producida la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia por la sola razón de que la valoración de la prueba de cargo llevada a cabo por el órgano judicial de la instancia no satisfaga, como aquí ha sucedido, las expectativas de la parte recurrente, sobre todo por entender que, como tiene reconocido el Tribunal Constitucional (entre otras, en sentencias números 120 de 1994, 138 de 1992 y 76 de 1990), esta valoración es facultad exclusiva del juzgador, que ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de la misma, habiéndose pronunciado dicho Tribunal en el sentido de que "sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado".

CUARTO.- En este sentido, y como no podía ser de otra manera, en el fundamento jurídico primero de su sentencia, se refiere la Audiencia Provincial a la **exploración de la menor**, practicada en la fase de instrucción como prueba preconstituida, en presencia de la autoridad judicial y con intervención de las partes, y a cuya reproducción en el acto del plenario ninguna opuso la menor oposición. De dicha exploración, argumenta el órgano jurisdiccional de primer grado, resulta que el acusado hizo objeto de abusos a la niña hasta en dos ocasiones distintas, dos ocasiones que la menor sitúa en espacios o localizaciones diferentes (la primera en la vivienda sita en la DIRECCION000 y la segunda en el que es todavía su domicilio, sito en la DIRECCION002). Así la menor relata que en la primera oportunidad, el acusado se introdujo en su dormitorio y aprovechando que ella estaba casi dormida, introdujo su mano por debajo del pijama de la niña "por donde se hace pis" y la tocó en esa zona. Es verdad que la menor, ni en esta ocasión ni con respecto a los hechos que sucedieron con posterioridad, es capaz de situar las fechas en que ambos sucesos se produjeron o contextualizar temporalmente los mismos. Y es verdad también que la madre de la menor expresó en el acto del juicio que sólo tuvo conocimiento de estos primeros hechos, los acaecidos el día 1 de enero, con posterioridad a que se produjeran los segundos, los que tuvieron lugar el 19 de julio.

No es menos cierto, sin embargo, que en el **informe pericial** obrante en las actuaciones, ratificado en el acto del juicio por una de sus emisoras, se valora el relato de la niña como "**probablemente creíble**", calificación que equivale a la inexistencia de cualquier clase de elemento, de naturaleza objetiva o subjetiva, que permita cuestionar razonablemente su veracidad. Así la perito, –conforme los miembros de este Tribunal hemos tenido oportunidad de observar a través del soporte audiovisual en el que se dejó constancia del desarrollo del juicio oral–, explicó en el plenario que para alcanzar dicha conclusión valoraron los 19 criterios que con dicho objetivo son empleados de ordinario en la práctica forense. Pero es que, además, por lo que respecta a la falta de contextualización temporal en el relato de la niña, explicó la perito que la misma acababa de llegar de Guinea sólo dos años antes y que, por eso, tenía dificultades para situar temporalmente las estaciones del año, añadiendo la especialista que la menor se orienta más fácilmente acudiendo como referencia temporal a los cursos escolares, siendo así que la menor precisó que los primeros hechos (los acaecidos el 1 de enero) tuvieron lugar cuando ella estaba en primer curso; y los segundos, producidos el 19 de julio, cuando ese curso ya había terminado.

Importa señalar, sin embargo, que por lo que respecta a estos primeros hechos, los aquí combatidos por la recurrente, resulta de particular importancia el **testimonio** prestado en el juicio por **Adrian**, primo de la menor. Explica el mismo con detalle, coincidiendo en todo con el relato de su hermana, –la madre de la niña–, que la familia había acudido a celebrar la fiesta de fin de año. Añade el testigo que en un momento determinado, él resolvió no regresar a la vivienda familiar, optando por continuar la fiesta en otro lugar, acudiendo a su casa algo más tarde. Y admite, como también lo admitió la madre de la niña en el acto del juicio oral, que cuando regresó a la casa se encontraba ebrio. Continúa señalando que, una vez en la vivienda familiar, cuando iba al servicio, decidió abrir la puerta de la habitación de la niña y encender la luz para comprobar que todo estaba en orden, y en ese momento observó al acusado, arrodillado junto a la cama de la menor e introduciendo su mano por debajo de la ropa interior de la niña. Explica el testigo en el plenario que "sacó del cuarto" al acusado y le pidió explicaciones, asegurando éste entonces que sólo estaba despidiéndose de la niña. El testigo reconoce que como quiera que él estaba ebrio y ante las explicaciones del acusado, llegó a dudar acerca de lo que creía haber visto, aunque, de todas formas, desde entonces "se quedó en guardia" y "prohibió" al acusado que en lo sucesivo se despidiera de los menores por la noche en la habitación, debiendo hacerlo en el salón de la ca





Es verdad que en ese momento, y como consecuencia de que se encontraba ebrio, el testigo llegó a dudar, conforme paladinamente ha reconocido en el acto del juicio oral, de que fuera real lo que había visto o de que lo percibiese de manera correcta, explicando después, que a partir de los hechos sucedidos con posterioridad, ha comprendido que lo que observó había sucedido realmente y no fue malinterpretado por él. Sin embargo, esas dudas expresadas por el testigo, evidentemente podrían desvirtuar su aptitud para ser considerado como testigo directo respecto de los hechos acaecidos el día 1 de enero de 2017. Pero a partir del relato de la menor, en el que por cierto se refiere a que en una de las ocasiones su primo Adrian estaba en la casa, es claro que dicho testimonio resulta razonablemente hábil para situar la fecha del suceso que la menor, por las razones explicadas, no es comprensiblemente capaz de precisar.

Así pues, el relato de la menor aparecería contextualizado temporalmente a medio de dicha prueba testifical y resulta averdado, desde luego, por el informe pericial ya referido y que, en cuanto tal, el apelante no impugna (al punto que acepta la veracidad del relato de la menor por lo que respecta a los hechos producidos el pasado día 19 de julio de 2017). También **la madre de la menor**, confirma sólidamente que, en efecto, habían acudido a celebrar el fin de año a la casa de unos amigos, y que al regresar, como quiera que ella estaba también intoxicada por los efectos del alcohol ingerido, se fue a dormir encomendando al acusado que acostara a la menor. Como confirma también que su sobrino, Adrian, continuó la fiesta por su cuenta y regresó más tarde a la vivienda familiar.

Junto a todo lo anterior, ha de ponderarse también, como oportunamente pone de manifiesto la sentencia impugnada, que aunque **el acusado** niega, primeramente, haber reconocido en algún momento los hechos que se le imputan aquí, –tanto unos como otros abusos–, tanto ante la madre de la menor, como ante el sobrino de esta y ante una amiga de ella, además de ante los propios familiares del acusado, seguidamente **admite en el plenario**, –como hemos podido comprobar también los miembros del Tribunal–, que la madre y el sobrino de ella le acusaban, que él estaba muy confuso y que "las drogas le ocasionan lapsus de memoria", lo que cabe también razonablemente reputar como una suerte de reconocimiento implícito de dicha admisión de los hechos (pretendidamente consecuencia de su estado de confusión o de las lagunas de memoria que solo en este caso invoca).

En cualquier caso, se ha contado también respecto de este extremo con el inequívoco **testimonio** de Flora, madre de la menor, proclamando que el acusado reconoció ante ella en varias ocasiones los abusos que se le imputaban, también ante Adrian, y ante Tarsila, amiga de Flora, quien, conforme se deja establecido en la sentencia de instancia, vino a admitir igualmente que acudió a la casa ante una llamada de su amiga Flora y que Jesús Luis, cabizbajo, le dijo: "no sé por qué lo he hecho, admitiendo haber tocado a la niña".

En definitiva, la Audiencia Provincial ha partido, como prueba de cargo directa y esencial, del testimonio de la menor, refiriéndose explícitamente a que el acusado, cuando ella estaba medio dormida en su habitación, le tocó la zona genital en dos fechas u oportunidades distintas, que la menor no es capaz de situar en el tiempo con precisión (aunque sí proporciona el relevante dato de que la primera vez estaba en primer curso escolar; y la segunda, ya lo había terminado). El propio recurrente admite la suficiencia del relato de la menor para justificar la efectiva producción de los hechos acaecidos el 19 de julio pero cuestiona que la niña se refiriese, de una forma mínimamente clara y precisa, a ningún otro acto constitutivo de abuso sexual.

La Audiencia Provincial, razonablemente como ya se ha explicado, destaca que inequívocamente **la menor en su exploración alude a dos actos distintos**, por más que no sea capaz de situar en el tiempo ninguno de ellos. Ciertamente que el producido el 19 de julio, en tanto fue el último y el que determinó a la madre de la niña a presentar la denuncia que dio origen a la formación de la presente causa, resulta más fácil de ubicar en el tiempo. Sin embargo, respecto al primero de ellos, y a partir de los elementos referidos (la niña lo sitúa en el curso escolar anterior y el testigo Adrian se refiere a un suceso explícito que creyó presenciar, con los matices ya expresados, el día 1 de enero de 2017), el órgano jurisdiccional concluye, como aspecto central, que no existe duda de su existencia y que, además, resulta razonable situarlo en la mencionada fecha.

Frente a todo ello, los razonamientos de la recurrente, legítimos por descontado en términos de defensa, no ponen de manifiesto vulneración alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia ni tampoco la existencia de error en la valoración probatoria realizada por el Tribunal de la primera instancia, y sí únicamente la distinta valoración que a la parte han merecido los medios probatorios practicados en el acto del juicio.

La reparación del daño.-

QUINTO.- El segundo motivo de impugnación que sustenta el recurso de la parte apelante se concreta en la existencia de una pretendida infracción legal, –así la califica la recurrente–, "*por cuanto atendiendo a que el acusado abonó 10.000 € para la reparación del daño, dicha cantidad es de entidad suficiente para que hubiera sido considerada (la circunstancia atenuante) como muy cualificada*".





Sale al paso quien ahora recurre de las observaciones efectuadas en la sentencia que impugna (fundamento jurídico quinto) cuando determina que el abono de dicha cantidad justifica, únicamente, la aplicación de la circunstancia atenuante simple prevista en el artículo 21.5ª del Código Penal . Señala la Audiencia Provincial que se *"no puede aceptarse que concurra esta atenuación con la condición de muy cualificada"* . Y ello porque entiende que *"para la especial cualificación se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales, su situación económica, etc. No hay una cierta excepcionalidad en el comportamiento reparador. Por eso entendemos que la reparación habida concurre como una simple atenuante"* , añadiendo que *"debe indicarse que la cantidad señalada (10.000 €) es una acostumbrada en la práctica judicial en estos casos, sin que se estime por ello que sea muy cualificada la circunstancia"*.

Frente a dichos razonamientos, opone la parte apelante que se trata de una cantidad *"objetivamente importante, siendo que el acusado apenas percibe un poco más de lo que es el salario mínimo interprofesional"* . En este mismo sentido, recuerda quien ahora recurre que *"el acusado percibe apenas 900 € en nómina, que tuvo que vender su casa para poder abonar dicha cantidad, y que, como el acusado manifestó, actualmente vive con sus padres ya jubilados"*.

SEXTO.- Tampoco este motivo de queja puede progresar. Con independencia de que efectivamente la cantidad entregada por el acusado en concepto de indemnización o reparación por los daños causados a la madre de la menor, en su condición de representante legal de esta, se compadece plenamente con las cifras establecidas en concepto de responsabilidad civil con relación a sucesos semejantes al aquí enjuiciado, y con independencia, especialmente, de que la reparación del daño, incluso cuando pudiera proclamarse íntegra o total, aunque desde luego exige aplicar la previsión contenida en el artículo 21.5ª del Código Penal , no determina por sí misma la consideración de esta circunstancia atenuante como muy cualificada, lo cierto es tampoco se aprecia en la conducta del acusado un extraordinario o inusual esfuerzo para proveer a dicha reparación.

En efecto, con independencia de cuáles fueran sus ingresos ordinarios, el hecho cierto es que, conforme el propio apelante explica y aparece documentalmente acreditado, la mencionada cantidad de 10.000 €, fue aportada reduciendo el precio de la vivienda familiar que él mismo transmitió, a través del correspondiente negocio de compraventa, a la madre de la menor, quien, naturalmente, a partir de ese momento asumió el pago de la carga hipotecaria que pasaba sobre la misma y la totalidad de los gastos ordinarios derivados de su uso. No cabe duda de que, precisamente como consecuencia de los hechos que aquí se enjuician, la convivencia familiar en el referido domicilio resultaba imposible. Y en esa medida, era más que razonable prever que el acusado tendría que abandonar, siquiera temporalmente, la mencionada vivienda. Al vendérsela a Flora , quedó liberado de la atención en las fechas sucesivas de las cargas hipotecarias que pesaban sobre la vivienda y de todos los gastos que pudiera derivar de su uso; vivienda que, previsiblemente, no iba a poder disfrutar, al menos en un futuro inmediato. Prefirió descontar del precio de venta la cantidad referida (10.000 €), contribuyendo así a reparar el daño causado, de forma que no podemos considerar extraordinariamente esforzada, extraordinaria o inusual. Inhábil, en definitiva, para desbordar la aplicación de la circunstancia atenuante simple.

Por otro lado, no puede desconocerse que nos encontramos en el marco de un abuso sexual del que fue víctima una menor de edad (seis años a la fecha de los hechos). Ciertamente, en el ámbito, por ejemplo, de los delitos patrimoniales la reparación económica del daño padecido puede llegar, incluso, a procurar la completa indemnidad de la víctima. En esos casos, el daño patrimonial producido, si no desaparece, puede considerarse plenamente reparado con la restitución del bien o con el importe pecuniario equivalente a su valor.

No sucede lo mismo, naturalmente, y conviene no perder de vista esta circunstancia, cuando nos referimos a delitos que no permiten, al concernir a valores esenciales vinculados a la dignidad misma de la persona, por emplear la terminología utilizada en el artículo 110 del Código Penal , la restitución o reparación por equivalente al valor pecuniario del objeto del ilícito penal, concretándose en tales casos la responsabilidad civil en la correspondiente indemnización de perjuicios "materiales y morales". Así sucede **en el caso de los delitos contra la libertad o indemnidad sexual donde la entrega por el responsable de una cantidad de dinero en favor de la víctima nunca repara el daño en estricto sentido aunque pueda, en mayor o menor grado, paliarlo** . Y si ello es predicable con carácter general, tanto más, evidentemente, cuando la víctima resulta ser, como aquí, una menor, de seis años de edad a la fecha de los hechos.

Importa recordar que, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2018 , en relación a la interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP , ha asociado su fundamento material a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo , 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un a





reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en **pauta de política criminal**, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre ; 2/2007, 16 de enero ; 1171/2005, 17 de octubre).

La citada sentencia destaca que la jurisprudencia ha acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues dicho art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, o de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio ; 2/2007, 16 de enero ; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras). Ahora bien, esta misma sentencia precisa que la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por el Tribunal Supremo el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril).

Eso sentado, como enseña el reciente ATS nº 1360/2018, de 25 de octubre : "**el simple pago no es suficiente para que se aprecie la atenuante de reparación del daño como muy cualificada, aunque se consigne la totalidad de las responsabilidades civiles. Esta conducta post delictiva encaja perfectamente en la figura de la atenuante ordinaria y, desde luego, no presenta carácter de excepcionalidad que refleje una superior intensidad que avale su apreciación como atenuante muy cualificada, máxime cuando no consta que el acusado haya tenido que realizar un gran esfuerzo o sacrificio para efectuar la reparación; y sin que pueda olvidarse que los delitos cometidos por el ahora recurrente atentan y agreden valores esenciales de la persona**" (SSTS 2/2008, de 16 de enero y 428/2011, de 12 de mayo entre otras).

Influencia en la conducta del acusado del consumo perjudicial de alcohol y cocaína.-

SÉPTIMO.- Argumenta, por último, quien ahora recurre que debió ser aplicada, a su juicio, la circunstancia prevista en el artículo 22.1 del Código Penal (se trata de un error material, evidentemente se refiere a la contemplada en el artículo 21.1 de dicho texto legal, en relación con el 21.7). Y ello, razona, porque existen informes y declaraciones prestadas en el acto del juicio oral "que ratifican que el acusado era consumidor habitual de cocaína y tiene los parámetros de trastorno por consumo". Así, destaca la parte apelante las conclusiones del informe del SAJIAD que obran en autos, ratificadas en el acto del juicio oral por sus emisores, señalando que: "los datos extraídos en las diferentes técnicas utilizadas son compatibles con un **trastorno por consumo perjudicial de alcohol y cocaína**".

A partir de estos elementos, considera quien ahora recurre que si el acusado padecía un "trastorno", no puede prescindirse del mismo en la valoración de los hechos por él cometidos, en el marco de graduación de su imputabilidad, habida cuenta de que con posterioridad a estos hechos, el acusado dio inicio a un tratamiento de deshabituación, que se prolonga ya durante más de un año en terapia, concluyendo el apelante que "*negar la condición de trastornado (por) la Sala, cuando los peritos le otorgan tal condición, vulnera la mínima exigencia de racionalidad y por ello se infringe la debida aplicación legal del artículo 21.2 o 21.6* (creemos que se trata de un nuevo error material y que se refiere al 21.7).

OCTAVO.- Tampoco este último motivo de impugnación puede progresar. La Audiencia Provincial en la sentencia recurrida da cumplida respuesta a la pretensión de la defensa del acusado por lo que a este particular respecta. Así, no niega que el acusado presentara un trastorno por consumo perjudicial de alcohol y cocaína. Pero afirma que "*no ha quedado acreditado en caso alguno ni la influencia de ese consumo en los hechos que ahora se analizan ni cuál era el estado concreto que el acusado tenía al tiempo de los hechos. No se ha acreditado la existencia de una relación entre ese posible consumo y la realización de los hechos que motivan la formación de la causa. El acusado ha mantenido durante toda su vida un puesto de trabajo, en los últimos años como vigilante de seguridad. Por lo tanto no hay prueba alguna de la afectación de la capacidad de comprender y de obrar conforme a esa comprensión en la realización de los abusos a la menor*".

Debe comenzar por señalarse que el consumo abusivo de alcohol o drogas se define por un patrón de ingestas que excede un estándar propio del consumo moderado o, --de manera más ambigua y en particular con





referencia al consumo de alcohol-, del consumo social. Se define normalmente como el consumo que supera una ingesta periódica determinada o una cantidad concreta por ocasión. No existe inconveniente alguno, y la propia Audiencia Provincial se refiere a ello en el fundamento jurídico quinto de su sentencia (aunque, a nuestro parecer, debió incluirlo también en el relato de hechos probados), en admitir que el acusado, a la fecha en la que tuvieron lugar los hechos que aquí se enjuician, padeciera un trastorno por consumo abusivo de alcohol y cocaína. Así, en el acto del juicio oral el propio Jesús Luis manifestó que consumía esta clase de sustancias unas tres veces por semana, aunque nunca constituyeron ningún obstáculo para que desempeñara con asiduidad y ordinario rendimiento su actividad laboral. La propia Flora, madre de la menor, asegura que cuando conoció al acusado éste, en efecto, consumía cocaína y bebía en exceso, asegurando la testigo que le exigió que abandonara esas costumbres para mantener con ella una relación sentimental y que él accedió, por más que ella sospechara que, en alguna ocasión, a lo largo de sus aproximadamente tres años de relación, pudiera haberse apartado de su promesa. Y también el hermano del acusado declaró en el acto del juicio oral que sospechaba que este pudiera consumir drogas y que alguna vez, en celebraciones familiares, se había excedido en el consumo de alcohol. Además, efectivamente aparece acreditado ese "consumo perjudicial" a través de los informes periciales obrantes en las actuaciones, ratificados en el acto del juicio oral por sus emisores.

El hecho cierto, sin embargo, conforme se destaca en la resolución impugnada, es que Jesús Luis, tras una larga trayectoria profesional, últimamente como vigilante de seguridad, no ha tenido dificultad o inconveniente alguno derivado de dichos consumos perjudiciales para desempeñar su ocupación profesional de manera satisfactoria, lo que le supone una cierta capacidad de comprensión y voluntad, suficiente, cuando menos, para compatibilizar dicho consumo con el desempeño de ocupaciones profesionales e, incluso, para hacerlo pasar desapercibido o disimularlo ante sus familiares más próximos (el acusado se refiere a tres consumos semanales, aproximadamente).

En cualquier caso, y más allá de lo anterior, el hecho cierto es que la mera condición de consumidor de drogas o alcohol no supone, por sí misma, ninguna clase de disminución de la culpabilidad del acusado. Para ello, resulta preciso que al tiempo de protagonizar los hechos el mismo estuviera afectado por una intoxicación, de mayor o menor intensidad, que aboliera o disminuyese, seria o ligeramente al menos, su ordinaria capacidad para comprender la ilicitud de los hechos y/o para acomodar su conducta a dicha comprensión; o que dichos efectos se produjesen como consecuencia de los síntomas propios del síndrome de abstinencia producido por la privación continuada de las sustancias de que dependa (artículos 20.1, 21.1 y 21.7 del Código Penal). Fuera de esos casos, también es posible la atenuación de la responsabilidad cuando al tiempo de cometer el delito hubiera actuado el culpable "a causa de su grave adicción" a dichas sustancias (artículo 21.2 del mismo texto legal).

En el supuesto que somete a la consideración de la Sala, no existe, ciertamente, tal y como se destaca en la resolución impugnada, prueba alguna de que, al tiempo de cometer los hechos por los que aquí ha sido enjuiciado, Jesús Luis se encontrara bajo los efectos de ninguna clase de intoxicación etílica o derivada del consumo de cocaína. Antes al contrario, la propia Flora explicó, con relación al día 1 de enero de 2017, que era ella quien se encontraba ebria, al venir de una fiesta de fin de año, y que precisamente, como el acusado estaba perfectamente sobrio, le encomendó la labor de acostar a los niños. Tampoco se ha probado, desde luego, que la presencia de síndrome alguno de abstinencia (que en puridad demanda no un consumo perjudicial de sustancias sino la adicción a la ingesta de las mismas), tuviera incidencia alguna en estos hechos. Y por descontado, tampoco se ha probado ninguna grave adicción ni siquiera que, el consumo perjudicial de alcohol y cocaína referido, guardara relación causal alguna con los hechos cometidos.

En relación con ello la reciente STS de 30 de mayo de este mismo año observa que: "La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006 resume la doctrina jurisprudencial sobre la valoración que, desde un punto de vista penal, ha de efectuarse del consumo de sustancias estupefacentes. Así, señala la referida resolución lo siguiente: " *Reiteradamente ha declarado esta Sala (SSTS. 282/2004, 1217/2003, 1149/2002, 1014/2000), que las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo la responsabilidad penal, o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2ª del Código penal, propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6º.*

Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarles del siguiente modo:

A) *Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos: a) que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y b) que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo*





situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

B) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una **afectación de las facultades mentales del mismo**. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre, ya declaró que "**no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto**". Ciertamente es que la actual atenuante de drogadicción sólo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas y así la STS. 21.12.99 declaró que "siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica".

C) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que **la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva**, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aun siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes...

D) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual permitirá su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos".

Por su parte, la STS nº 727/2016, de 30 de septiembre, precisa que: "En el caso, de los documentos designados, que son expresamente valorados en la sentencia impugnada, solamente resultaría la condición de consumidor, lo que no implica la existencia de una anomalía psíquica relevante causada por el consumo reiterado y altamente abusivo de drogas de efectos graves, ni tampoco que en el momento de los hechos el recurrente estuviera bajo el influjo del consumo de drogas o de un síndrome de abstinencia, hasta el punto de afectar a su capacidad de culpabilidad, aspectos respecto de los cuales no existe indicio alguno".

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar como desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jesús Luis contra la sentencia dictada con fecha 22 de octubre de 2018 por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid, debiendo **CONFIRMAR como CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE** la misma.

Todo ello, declarándose de oficio las costas devengadas como consecuencia del presente recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia.

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Sr/a. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el/La Letrado/a de la Admón. de Justicia, certifico.

