



Roj: **SAP GR 743/2013 - ECLI: ES:APGR:2013:743**

Id Cendoj: **18087370012013100257**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **02/05/2013**

Nº de Recurso: **122/2012**

Nº de Resolución: **224/2013**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **ROSA MARIA GINEL PRETEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

(Sección 1ª)

GRANADA

Juzgado de Instrucción Nº 3 de Granada.-

Sumario Nº 13/2.012.-

Rollo Nº 122/12.-

La Sección Primera de ésta Audiencia Provincial, formada por los Ilmos. Sres. relacionados al margen, han pronunciado EN NOMBRE DEL REY, la siguiente

- **SENTENCIA Nº 224** -

**ILMOS. SRES:**

**D. Jesús Flores Domínguez.**

**Dª. Rosa María Ginel Pretel.**

Dª. Mª Maravillas Barrales León.

En la ciudad de Granada, a 2 de Mayo de dos mil trece.-

En la ciudad de Granada, a dos de Mayo de dos mil trece, vista en juicio oral y público ante la Sección 1ª de esta Audiencia, la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada con el nº 13/12 por agresión sexual, entre partes, de la una el Ministerio Fiscal, y como acusación particular Evangelina en representación de su hija menor, representada por la Procuradora Dña. Carmen Muñoz Cardona y defendida por la Letrada Dña. **Yolanda Solana González** y de otra, como acusado Virgilio, nacido en Granada, el día NUM000 /1984, hijo de Manuel y de Carmen, de estado civil soltero y sin profesión, con DNI Nº NUM001 y con domicilio en la CALLE000 NUM002 - NUM003 NUM004. (Granada), con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en privado de libertad por esta causa desde el día 4 de Julio de 2.012, representado por la Procuradora Dña. Carmen Martínez Checa y defendido por el Letrado D. José Medina Fernández, habiendo intervenido en representación del Ministerio Fiscal la Ilma. Sra. Dña. Cristina Escobar, y actuando como Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Rosa María Ginel Pretel.-

### **-ANTECEDENTES DE HECHO-**

**PRIMERO** .- Las presentes diligencias fueron tramitadas por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada en virtud de atestado instruido por el Cuerpo Nacional de Policía de Granada, lo que dio lugar a la incoación de diligencias previas núm. 6.450/12 habiéndose practicado las diligencias probatorias que se estimaron procedentes.-



**SEGUNDO** .- Llevadas a efecto las indicadas diligencias probatorias y acordada por el instructor la prosecución del trámite de sumario, que se incoó con el nº 13/12, se dictó auto de procesamiento y se remitieron las diligencias a esta Audiencia Provincial que confirmó la conclusión de sumario y abrió el juicio oral presentando las partes sus escritos de calificaciones provisionales.-

**TERCERO** .- Examinadas las pruebas propuestas, se dictó auto admitiéndose las pruebas propuestas por las partes, acordándose su práctica en el mismo acto del juicio que se señaló el día 26 de Abril de 2.013.-

**CUARTO** .- En el día y hora señalados comparecieron las partes, se llevaron a cabo las pruebas ofrecidas por las mismas en sus escritos y que en su momento fueron admitidas.-

**QUINTO** .- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual previsto y penado en el Art. 183 párrafos 1 , 2 y 3 del CP , un delito de lesiones psíquicas de Art. 147.1 del CP y una falta de hurto del Art. 623.1 del CP , reputando responsable en concepto de autor al acusado Virgilio , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad pena, solicitó se le condenase a la pena de trece años de prisión por el delito de agresión sexual e, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, un año de prisión por el delito de lesiones y un mes de multa con una cuota diaria de seis euros por la falta de hurto, y una vez cumplida la condena por el delito de agresión sexual en aplicación de lo dispuesto en el Art. 192.1 del CP se le imponga la medida de ocho años de libertad vigilada, al pago de las costas procesales y a que indemnice a la menor Eloisa en la cantidad de 5.000 euros por las lesiones y secuelas que se incrementaran con el interés legal.-

**SEXTO** .- La acusación particular en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual previsto y penado en el Art. 183 párrafos 1 , 2 y 3 del CP , un delito de lesiones del Art. 148.3 en relación con el Art. 147.1 del CP y una falta de hurto del Art. 623.1 del CP , reputando responsable en concepto de autor al acusado Virgilio , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad pena, solicitó se le condenase por el delito de agresión sexual a la pena de trece años de prisión, prohibición de acercarse a Eloisa a menos de 500 metros y comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de cinco años en aplicación de lo dispuesto en el Art. 57.1 en relación con el Art. 48 del CP , y por el delito de lesiones a la pena de dos años de prisión, prohibición de acercarse a Eloisa a menos de 500 metros y comunicarse con ella por cualquier medio por un periodo de diez años en aplicación de lo dispuesto en el Art. 57.1 en relación con el Art. 48 del CP , y por la falta de hurto un mes de multa con una cuota diaria de doce euros, y una vez cumplida la condena por el delito de agresión sexual en aplicación de lo dispuesto en el Art. 192.1 del CP se le imponga la medida de nueve años de libertad vigilada, al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a la menor Eloisa en la cantidad de 30.000 euros por daño moral, cantidad que se incrementara con el interés legal.-

**SEPTIMO**.- La defensa del referido acusado en sus conclusiones definitivas estimó que los hechos no eran constitutivos de delito alguno y solicitó la absolución para su defensa, y subsidiariamente que se le condenase solo por el delito de agresión sexual.-

#### **-HECHOS PROBADOS-**

**ÚNICO** .- Resultando probado que Virgilio , mayor de edad, en cuanto que nació el cinco de Marzo de 1.984, y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, el día 1 de Julio de 2.012, sobre las 14'50 horas, estaba sentado en una zona ajardinada en las proximidades de la calle Ronda de Alfareros de esta ciudad, cuando pasó por su lado la menor, de siete años de edad, Eloisa (nacida el NUM005 de 2.004), que iba a una tienda cercana a comprar, y se la quedó mirando con deseos libidinosos, y momentos después, cuando la niña volvió de la tienda con una bolsa en la mano, para satisfacer sus deseos, la cogió violentamente por el cuello, le tapó la boca con una mano para que no gritara, (haciéndole una herida sangrante al romperle un diente que se le movía), la tiró al suelo, junto a una palmera, y con la otra mano le quitó el pantaloncito corto y las braguitas que vestía y le efectuó tocamientos en la zona genital llegando a introducirle al menos dos dedos en la vagina, consiguiendo la menor zafarse y marcharse a su domicilio. El procesado se apoderó de once céntimos que le habían sobrado a la niña de la compra y que llevaba en la bolsa.

La menor sufrió lesiones por erosiones paralelas y bilaterales en cara interna de labios mayores y cara interna de labios menores, erosión en horquilla y en zona himeneal a las siete horarias, precisando tratamiento psicoterapéutico, sufriendo como secuela un trastorno adaptativo, sufriendo pérdida de apetito, trastorno del sueño y pérdida de interés por jugar, con miedo a salir a la calle, tardando en curar 90 días y quedándole como secuela trastorno adaptativo.

#### **-FUNDAMENTOS JURÍDICOS-**



**PRIMERO** .- A la relación de hechos probados se ha llegado habiendo partido del principio de presunción de inocencia recogido en el Art. 24 de la Constitución , con la consiguiente necesidad de un mínimo de actividad probatoria en el juicio oral, y tras apreciar en conciencia la prueba practicada conforme determina el Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conectado a las garantías prescritas en el Art. 120 de la C.E . y en virtud de lo establecido en los arts 10 y 11 de la Declaración Universal de los derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .

La sentencia del TS de 15 de Julio de 2.005 nos dice que hemos de entender por prueba de cargo, para desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que el Tribunal Constitucional en sentencias, entre otras muchas, 201/89 , 217/89 y 283/93 , ha sentado que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba efectuados en el juicio oral, contradictoriamente, y que la prueba haya sido obtenida y practicada e la forma que regula la ley procesal criminal, que la convicción judicial se obtenga con absoluto respeto a la inmediación procesal y que esta actividad y convencimiento se a suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia, de otro lado, se ha de resaltar, y en este punto se debe coincidir en que el convencimiento del Juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aun cuando esta sea la propia víctima (SS. T.S. 19-1, 27-5 y 6-10-88, 4-5-90, 9-9-92, 13-12-92, 24-2-94, 11-10-95, 29-4- 97, 7-10-98; TC. 28-2-94 ).

En *efecto la declaración de la víctima* no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del T.S. (SS. 706/2000 y 313/2002 716 ) como del TC. (SS. 201/89 , 173/90 , 229/91 ).

Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por si misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, esta sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

Así el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

Así la sentencia Tribunal Supremo 30-1-99 destaca que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por si solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos ( SS. 28-1 y 15-12-95 ), bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige - como ha dicho la S.T.S. 29-4-97 - una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa, precisando la S.T.S. 29-4-99 con que no basta la mera afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, tal afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

En consecuencia esta Sala ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento ( arts. 109 y 110 LECrim . Art.109 Art.110) en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.



3º) Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SS. 28-9-88, 26-3 y 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 13-4-96).

Pero, es más, cuando se trata de valorar las declaraciones de los menores sigue diciendo la referida sentencia "... cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmadura de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su forma de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, y lo mismo ocurre, como en el caso enjuiciado, cuando se trata de la declaración inculpatória de deficientes mentales, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos) rindiendo su informe ante el Tribunal sentenciador, en contradicción procesal, aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio referido, víctima de un delito de naturaleza sexual. Pero no basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración o, en su caso, declaración testifical de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá de tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión convectiva.

Finalmente, tras esa operación, por tratarse ordinariamente de un testimonio único tendrá que tener en cuenta el Tribunal de instancia si existen datos que corroboren complementariamente su afirmación, con objeto de dotarla de certeza material, base de la convicción judicial razonada.-

**SEGUNDO** .- En atención a lo anteriormente expuesto, esta Sala estima que los hechos denunciados han resultado acreditados, pues en juicio oral se ha practicado prueba de cargo suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, se ha recibido declaración a la víctima, a la madre de la menor, a una amiga de la menor que se cruzó con Eloisa cuando iba a comprar y que vio que el procesado se quedó mirando a Eloisa, a los agentes de la policía nacional que fueron comisionados a la vivienda de Eloisa; se dispone también del parte de asistencia facultativa del día de los hechos, de los informes forenses de las lesiones que sufrió Eloisa y que han ratificado en juicio oral y los informes psicológicos de la menor, realizados por psicólogas de Márgenes y Vínculos, ratificados todos ellos en juicio oral, y se ha recibido declaración al procesado. En ningún momento, ni de las declaraciones de la menor ni de su madre, así como tampoco de su comportamiento, se infiere que en las mismas exista móvil de venganza o resentimiento, no conocían con anterioridad al procesado. La menor relata los hechos con mucha precisión, es clara, coherente, uniforme y contundente en su relato, y da las características físicas del agresor y la vestimenta. Y todo ello se ve corroborado por la declaración de una vecina y amiga, una niña de doce años, Rosalía, que fue a comprar a la tienda con su hermano pequeño y vio al procesado sentado, y como no le gustó el aspecto que presentaba, se cruzó, y se fue por otro camino, y al volver de la tienda vio a Eloisa que iba a la tienda y vio como el hombre se la quedó mirando, y a los tres o cinco minutos tuvo que volver a la tienda porque se había equivocado en una cosa que había comprado y vio la chancla y la bolsa de Eloisa allí. Rosalía también describió el aspecto físico del agresor y la vestimenta, coincidiendo con Eloisa. La madre de Eloisa declaró que su hija llegó llorando, con la boca ensangrentada y diciendo que un hombre la había violado, la tiró al jardín, le bajó el pantalón y le metió el dedo, tenía sangre y se quejaba de dolor. Y los agentes de policía nacional que fueron comisionados y que también declararon en juicio oral manifestaron que fueron al domicilio de la niña y hablaron con la madre y la niña estaba tumbada en un sofá, nerviosa, llorando, con las manos en los genitales, con un ataque de ansiedad y le sangraba la boca, y la niña les dijo que fue a comprar, un hombre joven la siguió y la violó, y les dio las características del agresor, y llamaron a una ambulancia porque la niña decía que le había hecho daño, y presentaba sangre en la comisura de los labios, y un vecino les dijo que quizás su hija hubiera visto algo y hablaron con la hija del vecino, que es Rosalía y les dio la misma descripción del agresor que les había dado Eloisa, dieron comunicado a todas las emisoras, batieron la zona pero no lo encontraron. Fue unos días después cuando el procesado fue detenido por hechos similares, cuando la víctima y la testigo Rosalía lo reconocieron en rueda de detenidos en el juzgado de Instrucción.

La menor fue explorada por los médicos del hospital Maternal Virgen de las Nieves a presencia de la médico forense, y presentaba las heridas antes descritas, siendo las mismas compatibles con la introducción no de un dedo sino de varios dedos, lesiones por arrastre, de arañazos, la de la horquilla himeneal a las siete horarias era la sangrante, y es muy interior, lo que indica que la penetración fue profunda. La niña también lo dijo "me hizo daño, me metió el dedo muy adentro".



La herida de la boca fue debida a que un diente se le movía y al taponarla la boca con fuerza se lo rompió y sangró. Así lo manifestó la menor.

La niña ha sido persistente en su incriminación, el relato que efectúa de los hechos es siempre el mismo, y se ve avalado por el informe del Materno Infantil de las lesiones físicas que presentaba, las declaraciones de los agentes y de su amiga y los informes de las psicólogas de Márgenes y Vínculos. Su testimonio es fiable, no se ha resquebrajado en ningún momento, incluso en juicio oral, fue toda cándida, cuando al ver al acusado por video-conferencia, manifestó no reconocerlo, (era difícil reconocerlo al no verse con nitidez el video. Hay que hacer constar que el interrogatorio de la menor en juicio oral se efectuó en una Sala anexa a la Sala de vistas para que no tuviese contacto directo con el procesado, el cual podía ver su testimonio a través de videoconferencia, como se viene haciendo en este Tribunal, ver sentencia Rollo 137/10 ). El Tribunal pudo constatar que la niña es colaboradora, educada, lista, y espontánea, no ofreciéndole duda su testimonio. Las psicólogas de Márgenes y Vínculos que llevaron a cabo la evaluación de la menor valoraron el testimonio de la menor como creíble (siendo la escala de referencia creíble, probablemente creíble, indeterminado, poco creíble, no creíble). En juicio oral manifestaron que la menor es educada, y presentaba las reacciones emocionales acordes con lo que paso, la niña se mostró colaboradora porque pensaba que le iban a ayudar a que se encontrara mejor, ya que necesitaba tratamiento psicológico para superar la vivencia.

Es claro, que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical ( STS. 12.6.2003 ), pero puede constituir un valioso elemento complementario de valoración, como ha declarado el TS. Es decir la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la absolución o condena de un ciudadano compete constitucionalmente al Tribunal sentenciador, con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.

Los dictámenes periciales sobre la credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quien los emite, opinión que no puede ciertamente, por si misma desvirtuar la presunción constitucional de presunción de inocencia cuando el Tribunal que es quien tiene la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable ( STS. 14.2.2002 ) pero a "sensu contrario" si pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.-

**TERCERO** .- Frente a la amplia y contundente prueba de cargo, la prueba de descargo aportada han sido las declaraciones del procesado que se limita a manifestar no recordar nada, ya que tomaba calmantes, tranquilizantes, que estaba fuera de casa y a lo mejor iba a casa a dormir o a comer, y no sabe que hacia en la calle, que estaría con amigos, fumando o algo, que había tenido un accidente de trafico con la moto y le prescribieron tratamiento. No aporta prueba alguna que avale sus manifestaciones, pues si esta en tratamiento psiquiátrico prescrito por un medico, hubiera sido fácil aportarlo, lo que no ha hecho, por lo que más bien entendemos que es una maniobra defensiva del procesado.-

**CUARTO** .- Los hechos probados son constitutivos de un delito de agresión sexual del Art. 183.1 , 2 y 3 del CP . y una falta de hurto del Art. 623.1 del CP . El Art. 183 del CP castiga:

1. 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.
2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.
3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

La LO 5/2010 de 22 de Junio que ha modificado este precepto e incorporo el capitulo en el que se ubica, en la Exposición de Motivos razona dicha modificación así: "Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años».

En efecto, ha quedado acreditado que el procesado realizó un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de una menor de 13 años, el descrito en los hechos declarados probados, consistiendo dicho ataque a la indemnidad sexual de la niña, en un acceso carnal por vía vaginal, ya que le introdujo al menos dos dedos,



llegando al himen, lo que acredita plenamente la penetración, y ello lo realizó con evidente ánimo de satisfacer su deseo sexual, y a sabiendas de que su víctima era una menor de 13 años de edad, tenía siete años, amparándose en ello para obtener su propósito y ejecutar la acción realizada; concurriendo en tal actuar los elementos integrantes del delito referido, y utilizando violencia para satisfacer su deseo, pues la agarró fuertemente del cuello y le tapó la boca para que no gritara con tal fuerza que le causó una herida sangrante.

El conocimiento por el acusado de que la víctima era una menor de 13 años se desprende, con contundencia, del hecho de que tenía siete años, era y es una niña, y ello se evidencia en su apariencia, según tuvo ocasión de comprobar esta Sala al proceder al proceder a su exploración.

Los hechos enjuiciados también son constitutivos de una falta de hurto del Art. 623.1 del CP, pues después de la agresión, Virgilio cogió la bolsa que la niña llevaba y se apoderó de los once céntimos que había en ella, dinero que le había sobrado de la compra efectuada y que la dependienta le había puesto en la bolsa.

Indudablemente este apoderamiento, aunque de una cantidad exigua, está tipificado como infracción penal en el CP, es este caso como falta, por merecer reproche penal. El TS en sent. núm. 1392/1993, ya señaló que en los delitos contra la propiedad el ánimo de lucro se considera existente desde que se origina el apoderamiento de las cosas de ajena pertenencia y, con cita de la Sentencia de 8 de junio de 1992, reitera que el Tribunal Supremo viene interpretando ampliamente el concepto jurídico del ánimo de lucro como «cualquier beneficio, ventaja o utilidad (incluso meramente contemplativa), altruista, política o social».

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal también calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones psíquicas del Art. 147.1 del CP, y la acusación particular, los calificó de lesiones del Art. 148.3 en relación con el Art. 147.1 del CP.

El Art. 147.1 del CP castiga al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Y el Art. 148.3 establece una agravación de pena cuando la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

Sin embargo esta Sala estima que no concurre dicho delito por lo que se verá.

La sentencia del TS de 23-11-2005 nos recuerda que por tratamiento médico hay que entender aquel que parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso una recuperación no dolosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, además las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerlo remedio ( SSTS. 1681/2001 de 26.9, 1221/2004 de 27.10, 1469/2004 de 15.12 ). Por ello el tratamiento psicológico impuesto por su psicólogo clínico, a pesar de su importancia y de sus posibles efectos beneficiosos para aquel a quien se aplica, no puede identificarse a efectos penales con el tratamiento médico quirúrgico exigido por el tipo, pues en la interpretación que del mismo ha realizado la doctrina y la jurisprudencia ( SSTS. 1406/2002 de 27.7, 55/2002 de 23.1, 2259/2001 de 23.11, entre otras), se señala como uno de los requisitos el que la prescripción sea realizada o establecida por un médico como necesaria para la curación."

En el caso enjuiciado la menor está en tratamiento psicológico, que no psiquiátrico, prescrito por una psicóloga del Márgenes y Vínculos. La médico forense que exploró a la menor en el Hospital Materno infantil no prescribió tratamiento psicológico (ver folios 4,5 y 6) y en el informe de sanidad tampoco refiere la prescripción de tratamiento psicológico, y solo se limita a reseñar las lesiones sufridas y el tratamiento que precisó y los días de incapacidad así como la secuela. (ver folio 154). Y el tratamiento que el médico que la asiste en el Hospital Materno Infantil le prescribió higiene habitual e ibuprofeno cada doce horas (folio 90).

Por lo que respecta a las lesiones psíquicas, hay que tener en cuenta que la sent. del TS de 4-2-2004 establece que "las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3º del Código penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil".

A la menor se le apreció como secuela un trastorno adaptativo, y tanto las psicólogas de Márgenes y Vínculos como las médicas Forenses que emitieron los informes y declararon en juicio oral manifestaron que la menor mostraba reacciones emocionales acordes con lo que sucedió, siendo normal que una agresión de ese tipo



deje una alteración de la personalidad como consecuencia de esa vivencia. En atención a lo antes expuesto, y a la vista de la prueba practicada no podemos apreciar la existencia de lesión psíquica.

No obstante y por lo que respecta a la indemnización por las lesiones psíquicas, esta misma sentencia del TS de 23-11-2005 establece que el pronunciamiento absolutorio por el delito de lesiones que no afecta a la indemnización fijada a favor de la víctima por las secuelas padecidas y la duración de su trastorno de ansiedad, dado que en todo caso, si deben considerarse vinculados y objetivamente imputables a la acción delictiva anterior del acusado tipificada en los delitos de robo con violencia, y detención ilegal y falta de lesiones, así se deduce del acuerdo en Junta General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10.10.2003, sobre lesiones psíquicas ocasionadas por delitos relacionados contra la libertad sexual en el sentido de que si bien quedan englobadas en el propio desvalor de la acción, sus consecuencias son indemnizables por la vía de responsabilidad civil.

**SEXTO.-** Del delito de agresión sexual es responsable en concepto de autor el procesado Virgilio, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y sin que se hayan acreditado especiales circunstancias personales del reo, ni otros datos a tener en cuenta en orden a individualizar la pena, más allá de los declarados probados. Es por ello que, al no existir circunstancias que aconsejen mayor pena le imponemos la pena de doce años, que es la mínima prevista en el precepto.

A su vez, y conforme a lo establecido en el Art. 192 del Código Penal, en relación con lo dispuesto en el Art. 105 y 106 del mismo cuerpo legal, ha de imponérsele, además, la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En el caso que nos ocupa, delito grave, estimamos adecuado fijar el tiempo de aplicación de esa medida en seis años.

Como pena accesoria se le ha de imponer la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena conforme a lo establecido en el Art. 55 del CP.

También ha sido solicitada por la acusación particular la prohibición de acercamiento a la víctima a menos de quinientos metros, conforme a lo establecido en los arts. 57-1 y 48, ambos del Código Penal, y aunque no es de preceptiva imposición sino que queda al criterio del juzgador, dada la naturaleza de los hechos cometidos, y con el fin de preservar la intimidad de la menor y el desarrollo de su personalidad sin el temor a encontrarse con el procesado, con el peligro que ello representa para una niña, resulta preciso imponer al procesado la prohibición de aproximarse a la víctima y comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo superior en cinco años al de la pena impuesta, tiempo que ha solicitado la acusación particular y que consideramos ajustado a las circunstancias.

Y de la falta de hurto también lo consideramos autor y estimamos procedente imponerle la pena de un mes de multa con una cuota diaria de tres euros con la responsabilidad personal subsidiaria del Art. 53 del CP.

**SÉPTIMO** .- La responsabilidad civil paralela a la criminal lleva consigo la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios, conforme a lo dispuesto en el Art. 109 y ss del CP, por lo que Virgilio ha de indemnizar a la menor Eloisa tanto por las lesiones causadas como por la secuela. Si bien seguimos como criterio orientativo el baremo actualizado y establecido en la Ley 30/95, al fijar la indemnización por la secuela hay que atender no solo al tipo de ofensa y a la edad de la víctima sino también a las consecuencias que ha producido en sus hábitos posteriores. Y es por ello que fijamos la indemnización en siete mil euros, cantidad que devengara el interés legal del Art. 576 de la LEC.

**OCTAVO** .- El responsable criminalmente de un hecho punible, lo es también civilmente y viene obligado por el Ministerio de la Ley al pago de las costas procesales. En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2002, ha declarado que, como recuerda la reciente Sentencia núm. 1.092/2002, de 10 de junio, la doctrina jurisprudencial de esa Sala, en materia de imposición de las costas de la acusación particular, puede resumirse en los siguientes criterios: 1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluye siempre las de la acusación particular ( artículo 124 del Código Penal de 1995 ) ... 3) La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la Sentencia". No existen razones -a juicio de esta Sala- que motiven el apartamiento de la regla general en orden al régimen de condena en costas, que incluye las correspondientes a la acusación particular. Ahora bien al venir acusado por dos delitos y una falta, y resultado condenado solamente por un delito y la falta, procede la condena a las dos terceras partes de las costas procesales, y de estas dos terceras partes un tercio serán de las costas procesales correspondientes a un delito y el otro tercio de las correspondientes a una falta, y se declara de oficio un tercio de las costas procesales.-



Vistos, además de los preceptos citados del código Penal y los arts. 141 , 142 , 203 , 239 , 240 , 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .-

La Sección 1ª de esta Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

**- FALLO -**

Debemos de condenar y condenamos a Virgilio como autor de un delito de agresión sexual del Art. 183.1 , 2 y 3 del CP . a la pena de doce años de prisión, a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a la medida de libertad vigilada de seis años, que se ejecutara con posterioridad a la pena privativa de libertad y se le prohíbe aproximarse a la víctima con el contenido que establece el art. 48.2 del CP , así como comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo superior en cinco años al de la pena privativa de libertad impuesta, y debemos de condenarlo y lo condenamos como autor de una falta de hurto a la pena de un mes de multa con una cuota diaria de 3 euros con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el Art. 53 del CP , al pago de las dos terceras partes de las costas procesales, como se indica en el fundamento jurídico octavo, y a que indemnice a Eloisa en la cantidad de 7.000 euros, cantidad que devengara el interés legal del Art. 576 de la LEC .- Y debemos de absolver y absolvemos a Virgilio del delito de lesiones psíquicas por el que viene acusado declarando de oficio un tercio de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por Infracción de Ley o Quebrantamiento de Forma, en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde la última notificación.-

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de la Sala y se anotará en los Registros correspondientes la pronunciamos, mandamos y firmamos.-