



Roj: **SAP B 14274/2017 - ECLI: ES:APB:2017:14274**

Id Cendoj: **08019370102017100671**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **27/11/2017**

Nº de Recurso: **99/2016**

Nº de Resolución: **774/2017**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA VANESA RIVA ANIES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMA

Rollo núm. 99 /2016

Diligencias Previas nº 81/2016

Juzgado de Instrucción núm. 20 de Barcelona

S E N T E N C I A No.

Ilmas Magistradas

Sra. MONTSERRAT COMAS ARGEMIR CENDRA

Sra. M^a VANESA RIVA ANIES

Sra. INMACULADA VACAS MARQUEZ

En Barcelona, a 27 de noviembre de 2017

VISTA, en juicio oral y público ante la SECCION DECIMA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, la presente causa arriba referenciada, seguida por cuatro delitos de ABUSO SEXUAL contra Arsenio mayor de edad sin antecedentes penales nacionalidad española, representado por el Procurador Sra Ferrer Fuster y asistido del Letrado Sr Hernández Gutiérrez, como responsable civil subsidiario la entidad Fundació DIRECCION004 representada por el Procurador Sr Carando Vicente y asistido del Letrado Sr Alonso Franco y contra la Fundació DIRECCION003 representada por el Procurador Sr Carando Vicente y asistida del Letrado Sr Casalmiglia Blancafort siendo parte acusadora el MINISTERIO FISCAL y el Ayuntamiento de Barcelona representado por el Procurador sr Sanz López y asistido de la Letrada Sra Espejo.

Es ponente la Magistrada Sra. M^a VANESA RIVA ANIES, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de cuatro *delitos de abuso sexual de los arts 183.1 y 192.1 del CP* solicitando la pena de cuatro años y dos meses de prisión con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y para el ejercicio de actividades retribuidas o no relacionadas con menores durante ese periodo, y seis años de libertad vigilada conforme al art. 192.1 del CP a cumplir una vez finalizada la pena privativa de libertad solicitada. Las mismas penas para cada uno de los cuatro delitos. Asimismo solicitó la prohibición de acercarse a Covadonga, Emilia, Felisa y Isidora su domicilio y lugares de estudio en un radio de 1000 metros, por un periodo de 6 años y prohibición de comunicarse con ellas durante el mismo tiempo y a las costas causadas.



Solicitó que se indemnizase a cada una de las menores en la cantidad de 1500 euros en concepto de daños morales. De esta cantidad responderán subsidiariamente las fundaciones DIRECCION004 y DIRECCION003 .

Por la acusación particular del Ayuntamiento de Barcelona no presentó escrito de conclusiones provisionales y en las definitivas se adhirió a lo solicitado por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- La defensa elevó a definitivas sus conclusiones provisionales y solicitó se dictase sentencia absolutoria.

Tras lo cual se celebró el juicio quedando los autos y tras el trámite de última palabra vistos para sentencia.

II. HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Arsenio durante el año 2015 realizó un curso de preparación para monitores en la Fundación DIRECCION003 , la cual tiene un convenio de colaboración con la escuela de DIRECCION000 , sita en la CALLE000 n° NUM000 de Barcelona, que pertenece a la fundación DIRECCION004 de forma que acabada la fase teórica los estudiantes de la fundación DIRECCION003 hacen prácticas en la escuela de DIRECCION000 .

Arsenio en virtud de dicho convenio comenzó a realizar las prácticas en dicha escuela DIRECCION000 el 9 de noviembre de 2015 se le encargó funciones de monitor de comedor y tiempo libre entre 12,30 y 15,30 horas, debía controlar y vigilar a niños y niñas de Educación Primaria de edades comprendidas entre los 6 y los 12 años.

Durante los primeros días Arsenio intentó ganarse la confianza de varias niñas nacidas en el año 2004, lo cual aprovechó para entre los últimos días de noviembre y diciembre realizarles tocamientos en los pechos y en los glúteos cuando se encontraba a solas con ellas o cuando realizaban juegos en contra de la voluntad de las menores.

En una ocasión en la que la menor Felisa se había lesionado una rodilla aprovechó que debía acompañarla a la enfermería para cuando se encontraba a solas con ella comenzó a tocarle un pecho por encima de la ropa en diversas ocasiones mediante movimientos circulares con la mano abierta a la vez que lo presionaba , Felisa manifestó su enfado por dicho comportamiento al acusado.

En otra ocasión al salir del comedor se acercó a la menor Covadonga y aprovechando que estaban solos le tocó rápidamente un pecho por encima de la ropa , acción que enfadó a la menor.

En otra ocasión jugando con diferentes niñas se acercó a la menor Emilia . y le dio una palmada en el glúteo, quien le recriminó tal comportamiento.

En otra ocasión jugando con la menor Isidora . la subió a su espalda y le sujetó cogiéndole por los glúteos, hecho que enfadó a Isidora y así se lo hizo saber.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A la relación de hechos probados se ha llegado partiendo del principio constitucional de presunción de inocencia proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española , la consiguiente necesidad de un mínimo de actividad probatoria de cargo en el juicio oral y tras apreciar en conciencia la prueba practicada, conforme determina el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , conectado a las garantías prescritas por el artículo 120 de la Constitución Española y en virtud de lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .

Para llegar por tanto a la relación de los hechos tal y como constan en hechos probados se ha practicado como prueba fundamental la declaración de las víctimas, que al tratarse de menores nacidas en el año 2004 , que por tanto en este momento cuentan con la edad de 13 años y en la fecha de los hechos 11 años, dificulta la obtención de su testimonio con unas garantías de fiabilidad y a su vez de protección, ahora bien sin duda la existencia de un menor en un procedimiento no conlleva una dejación de los derechos del investigado o procesado, lo que determina indudablemente un mayor cuidado en el tratamiento de la prueba.

Lo que nos lleva en primer lugar a determinar la forma en que se ha obtenido la declaración de las menores y la decisión que hemos tomado de practicarla como prueba pre constituida, pese a la oposición de la defensa.

En este sentido en cuanto a la declaración de los menores a través de la prueba preconstituida sin necesidad de que acudan a juicio existen dos motivos principales, recogidos en la legislación y la Jurisprudencia por un lado el riesgo de doble victimización secundaria del menor y por otro la necesidad de preservación de la prueba cuando se trata de menores de corta edad, ya que se trata de un testimonio frágil con un grave riesgo de empobrecimiento y contaminación por el transcurso del tiempo



En este sentido es importante determinar que tras la LO 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la víctima se introdujeron el art. 19 y el art 26,1 una serie de modificaciones con la finalidad de preservar la intervención de los menores en juicio desde el punto de vista del riesgo de victimización secundaria y así como regla general establece por un lado el art. 19 establece :

"Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal..... para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada."

El art 26.1 más específico ya para la declaración de los menores dice :

" En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. **b)** La declaración podrá recibirse por medio de expertos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la forma de realizar esta declaración establece el art. 433 de la Lecr *" En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.*

Y la forma de introducirlas en el proceso la reforma establece la posibilidad de hacerla a través del art. 730 de la Lecr : *" Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección".*

Por lo que podemos observar un marco legal nuevo en el que por un lado se obliga a que las declaraciones de los menores en instrucción se graben con la finalidad que no puede ser otra que la reproducción en el acto de la vista, si bien la posibilidad de reproducción o de declaración del menor en la fase de juicio oral se deja a la determinación del Juez o Tribunal.

La defensa se opone a la prueba preconstituida y solicita que los menores testifiquen en juicio, por entender que esta forma de practicarse el interrogatorio de los menores es excepcional y no está avalado por la Jurisprudencia salvo que se trate de supuestos en los que se haya realizado un informe pericial previo para poder determinar el grado de madurez de los menores y las consecuencias personales que su declaración en la fase de juicio oral pueden acarrearle señalando dos sentencias del Tribunal Supremo la n º 19/2013 y la nº 593/2012 .

El hecho de que se haya producido una reforma en la legislación que permite y que ampara las declaraciones de los menores a través de la prueba pre constituida que ha de realizarse como es obvio con los requisitos establecidos en el art. 446 de la Lecr , nos lleva a estudiar la posición de la Jurisprudencia que es a la que le corresponde conjugar lo anterior con los derechos del investigado.

La defensa como hemos dicho cita la sentencia del Tribunal Supremo 19/2013 para fundamentar su oposición a la reproducción de la prueba pre constituida no entendemos el por qué cita esta sentencia, que precisamente admite sin reparos la posibilidad de la prueba pre constituida y su reproducción en juicio como venimos diciendo con la finalidad de preservar el testimonio del menor para evitar la contaminación de la prueba y atendiendo al riesgo de doble victimización secundaria de los menores, así dice textualmente el *Tribunal Supremo en sentencia nº 19/2013 de 9 de enero , ponente Sr Marchena Gómez la " Recientemente hemos dicho - STS 925/2012, 8 de noviembre - que no siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción (arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECrim) como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado ese tipo de preconstitución*



facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción . De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, (" Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho "); con la muy reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20 a 24, singularmente); o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009 (arts. 30 o 35, que alientan una serie de medidas como la necesidad de que las declaraciones de niños y niñas, se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello y que su número sea limitado y el estrictamente necesario, así como que se adopten medidas para que dichas entrevistas sean grabadas y que dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral).

También cita la defensa la sentencia del Tribunal Supremo nº593/2012 de 17 de julio ponente Sr Soriano Soriano , esta sentencia admite sin reservas la pre constitución de la prueba consistente en la grabación de la declaración de los menores y la reproducción en juicio, es cierto que en este caso por el Tribunal de Instancia se había acordado la declaración en la vista oral y los menores no pudieron ser localizados, y por ello se reprodujo la prueba practicada durante la instrucción, pero en esta sentencia el Tribunal Supremo no dice como alega la defensa que primero haya de intentarse la declaración de los menores en la fase de juicio oral, y si no se puede acudir a la pre constituida, más bien todo lo contrario, es decir argumenta que la reproducción en la vista de la pre constituida en el caso que les ocupa está realizada correctamente cumpliendo todas las previsiones añadiendo que no se debe olvidar la legislación que sobre el particular existe que trata de evitar la comparecencia en juicio de los menores , literamente: " La grabación que se reprodujo en el juicio fue sometida a contradicción, como acabamos de indicar, tanto cuando se preconstituyó en fase sumarial como cuando se volvió a considerar en el plenario, todo ello procurando hacer compatible al máximo el interés de la justicia y la protección de las víctimas por un lado con el derecho de defensa, por otro. Es indudable que el tribunal de origen llevó a cabo la práctica de las gestiones razonables para localizar a los menores, pero no debemos olvidar la legislación que sobre el particular existe tratando de evitar la innecesaria o superflua asistencia a juicio de los menores con riesgo de una victimización secundaria." . Añadiendo a continuación la legislación que en ese momento existía de protección de los menores, que en el momento presente ha sido ampliamente superada por el Estatuto de la Víctima.

Vuelve por tanto el Tribunal Supremo a mantener la necesidad de protección de los menores y del aseguramiento de la prueba.

Hemos citado las dos sentencias del Tribunal Supremo que la defensa pone de relieve para intentar impedir la reproducción de la declaración de los menores, que como hemos visto no ese esa la conclusión a la que llega, siendo en este momento prácticamente unánime la posición del Tribunal Supremo en esta materia a los efectos podemos citar a modo de ejemplo la STS 925/2012, 8 de noviembre , STS, 05 de junio de 2013 , STS 71/2015 de 4 de febrero , STS 497/2017 de 29 de junio , con ello podemos observar como la posición del Tribunal Supremo desde el año 2012 que la empezó a admitir se ha mantenido constante.

Por tanto en el caso presente nos encontramos con cuatro niñas de once años de edad en el momento de los hechos, que ocurriendo entre noviembre y diciembre de año 2015 y se practicó la prueba pre constituida el día 29 de febrero de 2016 permitiéndose la contradicción al estar presentes la defensa y el propio investigado según consta en las actas de exploración de los menores, folios 211,212 ,213 y 214.

Por tanto desde el punto de visto formal la prueba se realizó con las garantías establecidas en el art. 446 de la Lecr , es decir a través de los que se denomina " cámara Gesell", en la que las menores son exploradas por dos psicólogos que a través de diferentes métodos facilitan que los niños cuenten su experiencia y después uno de los psicólogos como pudimos observar en la grabación sale de la sala donde se encuentran las niñas y se dirige a la de la lado, que es donde están las acusaciones , defensas y el magistrado de instrucción y allí se le solicitan por los presentes aclaraciones, que después el psicólogo se las plantea al menor.

No consta ninguna protesta en el acta por denegación de ninguna pregunta, por lo que se hicieron las aclaraciones que tuvieron por convenientes.

Con ello podemos asegurar la indemnidad de la prueba y que desde el punto de vista material se realizó con las prevenciones establecidas en la ley quedando salvaguardado el principio de contradicción, ya que la defensa pudo preguntar en ese momento, por ello no le se permitieron en el acta de la vista oral que hiciera constar



las preguntas que pensaba hacer a las menores, porque no era el momento procesal oportuno al tener que haberlas hechos en el momento de la prueba preconstituida.

Desde el punto de vista de fondo y la necesidad de que las cuatro niñas testifiquen en juicio, alega la defensa que la Jurisprudencia exige que exista un informe pericial que determine si el menor debe o no debe declarar en juicio, en este punto debemos decir que no es necesario para la determinación de la necesidad de la prueba ampararse en ningún informe pericial previo así la STS 940/2013 de 13 de diciembre establece " La declaración de pertinencia de una prueba no requiere el complemento de un informe psicológico que refuerce su procedencia. Cuestión distinta es que el juicio de pertinencia pueda apoyarse, en el momento de ser ponderado, en informes que enriquezcan su justificación. Pero el presente caso, más allá de razones que puedan sugerir las categorías científicas propias de la psicología infantil, la decisión se justifica por sí sola. Existe, además, toda una serie de preceptos -mencionados supra, en el FJ 2º y en los apartados A) y B) del presente-, que proporcionan cobertura jurídica a la decisión de anticipar la práctica de la prueba consistente en el examen del menor, cuya indemnidad sexual había sido menoscabada por ambos recurrentes.

Definitivamente es el Tribunal el que debe determinar si en el caso concreto existen o no esas circunstancias independientemente de lo que pueda decir un informe psicológico. Y en este caso no nos cabe la menor duda que es necesario que la prueba se realice por videoconferencia, y ello por un lado porque las menores en el momento de los hechos tenían 11 años, edad en la que si bien no tienen ya un riesgo de sugestionabilidad elevada sin embargo los hechos que narran fueron muy concretos y en un periodo de tiempo muy corto, incluso se produjeron en juegos a las que las niñas juegan habitualmente por tanto el riesgo de que olviden lo sucedido es alto, incluso alguna de las madres en el acto de juicio manifiestan que las niñas han olvidado lo sucedido, con lo cual no hubieran podido declarar en el acto de la vista. Las declaraciones se tomaron el 29 de febrero de 2016, es decir habían pasado tres meses por lo que en ese momento si eran capaces de explicar lo sucedido, sin riesgo a que la memoria a corto plazo que tienen los menores de esa edad pudiera entorpecer el relato de lo sucedido.

Y a ello hay que añadirse desde el punto de vista de las menores el riesgo de victimización secundaria si pasados dos años de los hechos, volvemos a incidir en los mismos, sometiendo a niñas de 13 años a que relaten unos hechos, que parece que han normalizado y olvidado.

Por tanto consideramos que la forma en que se practicó el interrogatorio de las menores en el acto del juicio es el correcto realizado de forma válida con todas las prevenciones establecidas en la legislación, pese a la oposición de la defensa.

SEGUNDO.- Una vez analizada la introducción en el acto de plenario de forma admitida por la legislación y la Jurisprudencia la prueba de las menores debe entrarse a verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, que en este caso son menores de 11 años de edad. El Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

1.- *El primer parámetro de valoración es la credibilidad subjetiva del testimonio* (o ausencia de incredibilidad subjetiva).

Como establece el Tribunal Supremo, la falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan. O de la existencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En el caso actual las características físicas y psíquicas de las menores debido a su corta edad presenta una dificultad que debilita su declaración, ya de inicio no declaran bajo promesa de decir verdad, sin embargo en el caso presente se trata de cuatro niñas que no presentan ninguna anomalía, los hechos se desarrollaron en



el colegio donde cursan estudios, y no existe ninguna información en contra a que se trate de niñas que por algún motivo tengan un perfil psicológico diferente al que se presume de dicha edad.

Tampoco puede atribuirse ninguna motivación de carácter espurio, es decir el acusado acababa de entrar a realizar las prácticas en dicho colegio, sólo tenía funciones en los momentos lúdicos de las niñas, es decir momento del comedor y hora de recreo incluso la defensa, ha aportado una carpeta azul, unida al folio 193 de las actuaciones que diversos niños y niñas escribieron durante las prácticas en las que se puede observar dedicatorias tales como "esperem que et treguis el títol, T#ho mereci" "que et vagui molt bé" y similares. Desconocemos qué niños o qué niñas escribieron esas dedicatorias pero lo que sí se deriva es que el acusado entre los niños tenía buena acogida, por lo que entendemos que las menores no tenían por ello ningún fin espurio para relatar unos hechos que pudieran perjudicar al acusado.

2.- El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el *análisis de su credibilidad objetiva*, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

Este parámetro es el esencial para la valoración de la prueba, que cuando se trata de menores, resulta difícil de determinar, porque obviamente no podemos pedir a las menores que los hechos nos lo cuenten de forma precisa, y de forma ordenada, pero sí es necesario que lo hagan de forma que su declaración adquiera coherencia.

En este caso se trata de cuatro menores que relatan diversas acciones cortas cuyo contenido sexual analizaremos posteriormente.

La primera en declarar es Covadonga, la niña narra en la declaración que un día el acusado en el patio del colegio se acercó y le tocó el pecho y dice "pin pan" es decir narra un movimiento rápido de apretar y soltar el pecho, dice que fue una sola vez. También dice que el acusado en alguna ocasión les dijo que podían ir a un Burger a merendar con el resto de niñas, explica también que les contó una historia extraña de mujeres borrachas haciendo striptease en un bar.

Le dio el email porque se lo pidió el acusado.

La segunda en declarar es Emilia, que explica que en la segunda mitad de las prácticas del acusado un día y sobre las 11 en el colegio el acusado le dio una palmada en el glúteo. También explica que no le tocó el pecho pero vio que a otras sí lo hizo. También le dio el email, reconoce que antes de que le tocara el glúteo ya había oído algo acerca de este comportamiento del acusado.

La tercera en declarar es Felisa, que explica que estaba en clase y se hizo daño en una rodilla por lo que el acusado le dijo que el acompañaba a la enfermería, para eso cogieron un ascensor con otra monitora del comedor, cuando llegaron abajo la monitora se fue para secretaria y ella y el acusado a la enfermería. Cuando estuvieron solos en la enfermería le puso hielo en la rodilla, y le comenzó a tocar el pecho suavemente, en la descripción física que hace se ve como a niña describe movimientos circulares de la mano alrededor del pecho durante un espacio de tiempo que incomodó a la menor, por lo que dice que fue a decírselo a la secretaria del Colegio que no le hizo caso.

No le ha dado el email.

La última en declarar es Isidora, dicen que el acusado le tocó el "culo" jugando al caballito de forma que la cogió la colocó en su espalda y cuando al tenía cogida le hizo "culot, culot" dándole dos palmadas en los glúteos.

No le gustó y también protestó. Dice que le pidió que hicieran un cuento para él para su examen de prácticas y que le dieran el email, diciéndoles igual que las invitaría al McDonalds. Isidora no le dio el email.

También explica que un día le dio dos besos, y que la próxima vez le daría uno en la cara.

Estas son las declaraciones de las menores que se obtienen a través de la intervención de los psicólogos, pero puede observarse que son declaraciones espontáneas, en las que las niñas narran su historia, sin necesidad de que en los hechos esenciales los entrevistadores intervengan, los cuales adopta una posición estática de forma que no animan a las niñas, con frases del tipo "muy bien o vas muy bien" a que continúen el relato, se oyen sonidos de asentimiento pero los estándares normales en una conversación, por lo que podemos afirmar que la declaración no se ha visto influenciada por agentes externos.

Podemos afirmar que las declaraciones de las niñas en cuanto al lugar y el tiempo en que sitúan los hechos, coincide con tiempo en que el acusado estaba trabajando, cada niña relata un hecho muy concreto pero diferente cada uno de ellos, no hay ni una sólo acción igual, lo que nos lleva a pensar que el riesgo de sugestión



colectiva que plantea la defensa, que puede ocurrir en casos que los hechos ocurren en colegios o lugares donde haya muchos niños y entre ellos hablan, en este caso no lo apreciamos precisamente porque no narran lo mismo como ocurre en los supuestos de sugestión.

Por tanto en este análisis podemos concluir que las menores son precisas en sus declaraciones incluso utilizan gestos a la hora de explicar cómo sucedió, las declaraciones son espontáneas y no observamos ningún fin espurio en su declaración.

3.- *El tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima* consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones».

b) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

Este tercer parámetro de valoración resulta difícil de determinar en el caso de pruebas pre constituidas y menores que por lo que hemos determinado al principio sólo declaran una vez.

Pero sí podemos observar a través de las declaraciones de otras testigos que las niñas mantuvieron la misma versión que cuando se lo contaron a sus madres. Así en juico declara la madre de Covadonga y la madre de Isidora ., y respecto a la madre de Covadonga , Casilda , narra los hechos que su hija le contó, igual que lo hace Covadonga en el interrogatorio , y de la misma forma que constan en la denuncia el día 5 de diciembre de 2015, por lo tanto antes de la exploración judicial de la menor, lo cual nos permite corroborar que la menor mantiene la misma versión. Ocurre lo mismo con la madre de Isidora ., Felicidad que explica en el acto de la vista los hechos de la misma forma que hace la menor, es decir el juego el culot culot, y la petición de email, y de acudir a una hamburguesería, si bien a su madre en un primer momento no le contó lo de los dos besos, que luego introdujo la niña en su declaración judicial, pero ello no significa sin más que se produzca una contradicción, sino que explica una escena que le llamó la atención.

De las otras dos menores sus padres no han declarado en juicio, por lo que no podemos valorar este extremo.

No existen testigos de los hechos, salvo Paulino que es el monitor que tenía a su cargo al acusado y con el que tenía estar en contacto permanente. Explica que a él le pareció normal el comportamiento del acusado y que no observó ningún movimiento ni actitud extraña del acusado, pero que en el patio del colegio puede haber 250 niños, y su función principal es vigilar a una parte de ellos, por lo que no puede asegurar lo que hacía el acusado en todo momento, admitiendo que había espacios de tiempo en los que no vigilaba al monitor que tenía a su cargo.

De forma taxativa afirma, al igual que lo hace el Director del Colegio, Celestino , que está absolutamente prohibido solicitar a los niños el email así como quedar con ellos en espacios diferentes al recinto escolar.

El acusado niega los hechos, reconoce que era monitor del Colegio y que en una ocasión acompañó a Covadonga a la enfermería porque se había hecho daño en la rodilla, narrando igual que lo ha hecho ella todo el traslado hasta la enfermería pero negando que le tocara el pecho.

Las acusaciones introducen en su interrogatorio el hecho de que el acusado ha sido condenado recientemente por otra sección de esta Audiencia por un delito de pornografía infantil, y que parece ser que en ese procedimiento existe un chat en que el acusado a un tercero le decía que tenía acceso a niñas y que les tocaba diversas partes íntimas del cuerpo. De este hechos, lo único que podemos dar por acreditado, porque el acusado lo ha reconocido que ha sido condenado por un delito de tenencia y distribución de pornografía infantil, el resto desconocemos porque pese a que se solicitó por el Ministerio Fiscal que se incorporara testimonio de las Diligencias Previa por el delito que parece que ahora ha sido condenado, prueba documental que fue admitida y se encuentra en el expediente sin embargo desconocemos el resultado de dichas diligencias previas al no haber sido aportada la sentencia, y tampoco existe prueba documental que permita acreditar las conversaciones a las que se refiere la acusación.

Respecto a los emails que las menores refieren que el acusado les demandó, sin embargo éste dice que es al revés que fueron las menores las que le pidieron a él el email para entregarle el trabajo, aún que así fuera, es decir que hubieran sido las menores las que lo solicitaron este hecho está prohibido por la normativa del centro,

no existe ninguna justificación que tuvieron comunicación vía email, lo que denota que el acusado quería mantener vía email relación con las menores, lo que permite también inferir que es cierto cuando las niñas afirman que el acusado les decía que podían quedar a comer en hamburgueserías fuera del recinto escolar.

Analizado por tanto el acervo probatorio referente los delitos por los que se solicita acusación, debemos concluir que la declaración de las menores que cumple los requisitos exigidos por la Jurisprudencia y que hemos enumerado y desarrollado anteriormente, unido a que se trate de cuatro niñas, a que cada una narre una acción diferente, que coincide con las que contaron a sus progenitores, al hecho de que pudo tener contacto porque su supervisor no estaba todo el rato con el acusado, al hecho de que ha estado inmerso y se encuentra en prisión por procedimiento que también atenta contra la intimidad e indemnidad sexual de los menores, que tuvo su origen en una entrada y registro que dimanó de estas diligencias previas, si bien con posterioridad dio lugar a otras diligencias es prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, pese a la negación del acusado de los hechos.

TERCERO.- Calificación jurídica de los hechos.

Tal como hemos declarado en los hechos probados y hemos razonado en el párrafo anterior entendemos que se han producido cuatro hechos delictivos diferenciados, cuya calificación jurídica no consideramos la misma.

Por un lado analizaremos los hechos referentes a Felisa y por otro los referentes a Covadonga Emilia y Isidora .

La figura delictiva del abuso sexual, definida en el art. 183.1 CP como " el que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años, ha de estar integrada por tres requisitos fundamentales que vienen fijados por la Jurisprudencia entre otras, sentencia del *Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015* :

- a) Un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual.
- b) Tal elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de determinarse libremente en el ámbito sexual.
- c) Además el acto sexual en sí mismo considerado debe constituir un acto atentatorio contra la indemnidad sexual del menor independientemente del " ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro, que puede encontrarse dentro de las motivaciones del autor, pero no integra el elemento subjetivo del tipo. Lo que debe atenderse es a la indemnidad de la víctima en este caso, de las menores.

El concepto de indemnidad sexual de los menores lo define la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual, sin un consentimiento válidamente expresado y como la evitación del riesgo que el acto típico puede tener para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de la menor concernida, así lo define también la Jurisprudencia entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo 54/2016 .

La acción referente a Felisa , como hemos descrito consiste en el tocamiento de un pecho por encima de la ropa que se realiza lentamente y con movimientos circulares, es una acto inequívocamente impúdico y de significación sexual, y es sin duda atentatorio de la indemnidad sexual de la menor, que tuvo que soportar esta acción de carácter sexual sobre su propio cuerpo involucrándola por tanto en un contexto sexual impropio de su edad y además no consentido, puesto que aunque lo hubiera mostrado no tendría significación, lo cierto es que Felisa protestó desde el primer momento y se vio atacada en su intimidad sexual de forma que incluso después fue a protestar por este comportamiento del monitor. Hay que añadir además que el acusado aprovechó un momento en que estaba solo con la menor en la enfermería, y además la menor se encontraba asustada porque se acababa de lesionar en una rodilla por eso estaban en la enfermería.

No cabe duda de la edad de la menor, once en el momento de los hechos, y del conocimiento del acusado de la edad de la niña, puesto que era el monitor de niños y niñas de 6 a 12 años, por lo tanto todos los menores que estaban a su cargo tenían menos de 13 años.

Por tanto se cumplen los requisitos exigidos en el tipo penal del art. 183.1 respecto a Felisa .

Sin embargo no podemos calificar de la misma manera las otras tres acciones que hemos descrito en hechos probados porque entendemos que no tienen la misma entidad consideramos que se trata de actos de carácter sexual, como es el hecho de dar una palmada en el culo, tocar un pecho rápidamente, o sujetar a una niña en un juego por los glúteos cuando la tiene subida a la espalda realizados todos ellos en presencia del resto de niños, es decir todos enmarcados en acciones rápidas sin clandestinidad.



La respuesta penológica del Código penal a este tipo de acciones establecida en el art. 183.1 es decir una pena de dos a seis años de prisión, requiere una cierta entidad de la lesión del bien jurídico. Por ello la Jurisprudencia ha estimado contrario al principio de proporcionalidad que cualquier acto de tocamiento no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual, de modo que debía atenderse a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz, y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes.

La sentencia del *Tribunal Supremo nº 957/2016 de 19 de diciembre* plasma esta idea y explica que el concepto de indemnidad sexual, introducido en aquella Ley Orgánica 11/2009, hace que el tipo venga referido a acciones sexuales, con muy diversa pluralidad de manifestaciones, donde la naturaleza sexual puede resultar inequívoca en supuestos como los de acceso carnal, que integran un supuesto agravado, pero que resulta más difícil de discernir, en supuestos de simples tocamientos. Pues si bien es cierto que nuestro Código Penal, no exige que estos actos sexuales tengan cierta relevancia desde el punto de vista de bien jurídico protegido, como sucede en derecho comparado, la pena conminada de dos a seis años de prisión, resulta indicativa de estar contemplando conductas de especial entidad.

Debemos partir de una realidad y es que la Jurisprudencia considera que tocamientos en zona vaginal o pectoral, son idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de la víctima, y así lo acabamos de decir en la sentencia de esta sección 10 de la Audiencia de 9/10/2017 recogiendo la Jurisprudencia que en este sentido ha considerado que el simple tocamiento en estas zonas por el carácter eminentemente sexual merece la aplicación del art. 183.1 del CP. Ahora bien la situación que analizamos en aquella resolución no es la misma a la que nos enfrentamos ahora, en la que existen tocamientos en estas zonas pero como la jurisprudencia, también ha estimado contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención del derecho penal, que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual, de modo que debía atenderse a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz, y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes ya desde la *STS 832/2007 de 5 de octubre*.

El Tribunal Supremo tuvo la ocasión de enfrentarse a un caso similar al que ahora analizamos, en la *Sentencia nº 547/2016 de 22 de junio*, referente a un profesor de clases particulares de música que había sido condenado como autor de un delito continuado de abusos sexuales a menores del art. 183.1 del CP a la pena de cinco años de prisión por cada uno de los delitos. Los hechos eran diversos tocamientos por encima de la ropa en glúteos y zonas genitales de carácter continuado a dos niñas mientras se encontraban en clase. Estos hechos eran de mayor intensidad que los que ahora analizamos porque eran habituales y no fugaces como en nuestro caso.

El acusado se enfrentaba a una condena de diez años de prisión por los hechos que acabamos de describir y recuerda el Tribunal Supremo " *que el principio de proporcionalidad debe ser el "eje definidor de cualquier decisión judicial"* -- SSTS 1948/2002 ; 747/2007 ; 817/2011 ; 658/2014 ó 1/2015 , entre otras muchas--.

La vigencia de este principio en nuestro sistema de justicia penal está fuera de duda, al encontrarse tal principio recogido en el art. 49 de la Carta Europea de Derechos --Tratado de Lisboa--, que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico - L.O. 1/2008 --.

Pero además del razonamiento de desproporción que también ocurre en este caso puesto que la pena mínima si se acoge la agravante es de cuatro años de prisión por cada uno de los delitos, existe otro argumento esgrimido en la sentencia paralelo al presente y es que la conducta delictiva debe tener cierta entidad precisamente por la pena que el Código penal establece a este delito.

Así atendiendo al concepto de indemnidad de los menores que ya hemos plasmado anteriormente se analizan en dicha sentencia, diferentes supuestos fácticos y la evolución en esta materia STS 1241/1997 de 17 de octubre, STS 1302/2000 de 17 de julio, STS 909/2002 de 25 de mayo, para llegar a la conclusión que no todos los tocamientos a menores debemos incluirlos en el art. 183.1 del CP sino que cuando sean tocamientos leves externos de carácter fugaz aunque sean a menores y atendiendo a las circunstancias concurrentes pueden enmarcarse en el tipo de vejaciones injustas del art. 620.2 del CP (vigente en el momento de los hechos que se describían en la sentencia que analizaba el Tribunal Supremo).

En este caso si analizamos el hecho de que se tratara de tres acciones fugaces, que merecen un reproche penal, no sólo por los tocamientos, sino por el carácter eminentemente sexual que acompañaba a la actitud del acusado, al hablarles de temas que las niñas no debían ni conocer referentes a bares con mujeres desnudas, pero si bien esto es cierto, sin embargo el hecho de que se hicieran en juegos, en el patio de colegio que implica que estaban cerca profesores y niños no hubo clandestinidad, el carácter menos intenso queda también reflejado en el hecho de que las niñas no tuvieran ninguna secuela, ni cambios de comportamiento, de hecho han olvidado lo sucedido, según narran las madres que acuden a juicio, porque no le dieron gran importancia, por tanto estamos en un supuesto de menor entidad de las acciones.



Los hechos sucedieron en noviembre y diciembre de 2015 por lo que no es aplicable la vejación injusta del antiguo artículo 620.2 del Código Penal, porque ha quedado despenalizada como tal, sin embargo entendemos que puede ser aplicable el delito leve de coacciones del art. 172.3 del CP, ya que la vejación en sí conlleva una cierta coacción.

Así lo ha entendido la reciente sentencia del Tribunal Supremo 657/2017 de 13 de julio, analiza un caso similar en este supuesto se trataba de una menor que estaba jugando al fútbol y el acusado en ese caso aprovechando las circunstancias tocó por encima del pantalón y en una ocasión la zona genital de la menor, en este caso se argumenta conforme al principio de proporcionalidad ya expuesto, que las conductas de tocamientos en zonas de carácter sexual cuando son fugaces no pueden ser encuadrados el art. 183.1 del CP y añade " Sin embargo la conducta descrita no puede entenderse que haya quedado impune en el texto del Código Penal después de la reforma de la LO 1/2015. Así el art. 172.3 se modifica añadiéndole un párrafo tercero que califica como coacción, fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, siendo castigado con la pena de multa de uno a tres meses, es decir ex- art. 33.4.g) CP se trataría de un delito leve. En general las vejaciones que consisten en actos o acciones conllevan también un ingrediente de coacción y a falta de un tipo específico de vejación será aplicable este delito. Por lo tanto el nuevo Código no contiene un vacío punitivo en relación con el espacio cubierto por la falta del art. 620.2, hoy derogado, que castiga a los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito".

Conforme a lo anterior debemos condenar al acusado como autor de tres delitos leves de coacciones del art. 172.3 del CP.

CUARTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Por las acusaciones se solicita la aplicación de la agravante específica prevista en el art. 192.2 del CP que dice literalmente " los ascendientes, tutores, curadores, guardadores maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervenga como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este título, serán castigados con la pena que les corresponda en su mitad superior".

En este caso se trata de un monitor en prácticas, que desde el punto de vista de interpretación estricta no era maestro, ni tenía encargada de hecho o de derecho la guarda del menor, porque como explica el monitor Paulino que es el encargado de los menores, el acusado le debía acompañar a él pero no estaba encargado de cuidar a los menores, únicamente debía acompañarle.

Observando la dicción literal del art. 192.2 del CP, podemos concluir que la situación de monitor en prácticas no encaja en dichas agravantes, porque ni era profesor, ni tenía encargada la guarda de hecho de las niñas, tal como el testigo Paulino, el acusado no podía ejercer ninguna función sin su autorización, y debía por tanto acompañarle continuamente, hecho que las niñas conocían, ya que incluso como reconocen le querían ayudar a hacer un cuento para que superara las prácticas, por lo que no surgía la situación de prevalencia, puesto que las menores eran conocedoras de que no existía esa relación de obediencia entre ellos, por lo que una interpretación restrictiva del precepto nos lleva a concluir que no concurre en este caso la agravante específica.

QUINTO.- Penalidad.

Por tanto examinando lo anterior debemos concluir que los hechos son constitutivos de un delito de abuso sexual a menores del art. 183.1 del CP y de tres delitos leves de coacciones del art. 173.2 del CP.

Respecto al primero de los delitos del art. 183.1 del CP y conforme al art. 66 del CP al no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes vamos a imponer la pena mínima de dos años de prisión, entendiendo que la conducta si bien es relevante y reúne la entidad que exige el tipo, sin embargo la conducta consistente en un único tocamiento ya descrito, debe ser generadora de la pena mínima establecida en el tipo, por ello debemos condenar al acusado a la pena de dos años de prisión con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena de acuerdo con el art.56. 2 del CP y la inhabilitación para especial para empleo o profesión que tenga que ver con menores durante el tiempo de la condena.

Esta inhabilitación se impone a la vista que los hechos ocurrieron cuando estaba en prácticas en un colegio, lo que vincula directamente los hechos con el delito, por lo que procede la ejercio de una profesión que tenga que estar en contacto con niños.

Por otro lado conforme al art. 57.1 del CP al tratarse de un delito contra la libertad e indemnidad sexual procede la imposición de una medida de alejamiento para proteger la seguridad y tranquilidad de la víctima visto el delito por el que se le condena y para asegurar dicha finalidad se va a imponer la medida de alejamiento y prohibición de acercamiento por un tiempo de cinco años a la víctima, y a una distancia de 500 metros, y prohibición de comunicación durante el mismo tiempo.



Por otro lado conforma al art. 192.1 del CP establece la obligatoriedad de imponer en el caso de condenas por delitos del mismo Título la libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad . al tratarse de pena de carácter grave -pena de dos a seis años de prisión-, procede imponerla por el mínimo de cinco años, que se computará a partir de la finalización de la pena de prisión, acorde con los trámites y forma previstos en el art. 96.3 CP en relación al art. 106.1 CP .

Respecto a la falta leve de coacciones del art. 172.3 del CP la pena es de uno a tres meses de multa , que debe imponerse pena de dos meses y quince días de multa por cada uno de ellos atendiendo a que los hechos aun considerados un delito leve, sin embargo dentro de los delitos leves reviste gravedad en atención a que se trata de conductas que lesionan la indemnidad de varias menores de 12 años, que se produjo en el colegio , lleva a imponer la pena en su mitad superior.

Respecto a la cuota va a imponerse la cuota diaria de cinco euros, esta cuota se considera asumible por el acusado aunque se encuentre en prisión, según manifestó por otro causa, dada cuenta que dentro de la prisión puede realizar trabajos remunerados, que le permitan hacer frente al pago de la pena de multa.

Conforme al art. 57.2 del CP también podrá imponerse durante seis meses las medidas de alejamientos cuando se trata de delitos leves respecto a los delitos previstos en el párrafo primero de dicho artículo, el caso de coacciones es un delito contra la libertad por tanto está previsto su aplicación siempre que no exceda de un tiempo de seis meses. Debemos imponer la medida por los mismos motivos expresados en el párrafo anterior de protección de las menores.

SEXTO.- Responsabilidad civil.

El art 109 del CP establece que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar en los términos previstos en la ley, los daños y perjuicios por él causados.

El art 110 del CP establece que la responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende , la indemnización de perjuicios materiales y morales.

En este caso solicita el Ministerio Fiscal se condene al acusado a que abone la cantidad de 2000 euros por cada una de las menores.

Por las defensas se alega que las menores no han sufrido perjuicio alguno que deba ser resarcido, puesto que los hechos no supusieron ningún cambio en sus vidas, ni les supuso trauma alguno habiendo seguido su vida normal.

En este sentido debe decirse que el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido , es decir la indemnidad sexual, por ello para que pueda apreciarse no es necesario que se produzcan alteraciones patológicas o psicológicas, como dice la STS 702/2013 sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

En este supuesto el daño más importante sufrido es la inmersión en un procedimiento judicial, porque hechos como los descritos a las menores que Covadonga , Emilia y Isidora . ha tenido la consecuencia de verse inmersas en un procedimiento judicial, con toda la problemática que conlleva declaraciones en juzgados, contarle a sus familiares, y los posibles connotaciones que haya podido tener que ahora desconocemos, por lo que procede imponer una indemnización de 400 euros a cada uno de las tres menores.

Sin embargo respecto a Felisa , en este caso entendemos que el menoscabo a la intimidad de la menor es mayor, puesto que el acto es diferente al del resto de las menores, y ese menoscabo debe ser reparado como hemos establecido anteriormente ya que no es necesario que se produzcan alteraciones patológicas para deber ser resarcido.

El hecho de que el acusado realizara la acción descrita necesariamente tuvo que suponer un acto de humillación y en contra de la dignidad de la menor que tuvo que soportar tal comportamiento independientemente de cómo le haya afectado o como haya sido apreciada por la menor, que en este caso lo fue puesto que manifestó en su exploración que acudió a decírselo a la secretaria de la escuela, por todo ello entendemos que ese daño debe ser reparado que ciframos en los 1500 euros solicitados por el Ministerio Fiscal.

Esta cantidad deberá ser abonada por el acusado.

Como responsable civil subsidiario se solicita sea condenadas subsidiariamente la fundación DIRECCION004 y la fundación DIRECCION003 .



La fundación DIRECCION003 es donde cursaba los estudios el acusado de monitor y la fundación DIRECCION004 es la fundación a la que pertenece al escuela de DIRECCION000 donde se realizaron las prácticas.

Ambas fundaciones consideran que no son responsables civiles subsidiarios, por un lado la fundación DIRECCION003 considera que no lo es porque no entra en ninguna de las categorías del art. 120 del CP y porque los hechos no se cometieron en un centro cuya titularidad la ostente su representado ni puede imputarse falta de control en la capacidad del acusado quien debe verificar la idoneidad del mismo es el centro donde realiza las prácticas, aportando un documento de la Generalitat de Catalunya en el que se especifica que según la Ley 26/2105 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se debe interpretar que son los centros que acogen a los alumnos en prácticas de cursos de monitores los que han de velar porque todas las personas que están en contacto con los menores cumplan las normativas, en especial que carezcan de antecedentes penales por delitos contra los menores.

En sentido contrario la fundación DIRECCION004 considera que la obligatoriedad de acreditar la capacidad e idoneidad de los monitores en prácticas corresponde a la Fundación DIRECCION003, ya que ellos no pueden realizar ninguna comprobación a tales efectos, ya además de acuerdo con el convenio de colaboración entre ambas fundaciones toda responsabilidad civil por acciones u omisiones de las personas enviadas por dicha Fundación corresponde a dicha fundación de acuerdo con la cláusula octava de dicho acuerdo.

En este sentido declaró Celestino que es el Director de DIRECCION000 del centro de DIRECCION001 y de DIRECCION002 el cual explica que no hicieron ningún filtro respecto a las personas que iban a estar en contacto con los menores porque ya lo había hecho la fundación donde cursaba los estudios.

De lo anterior debemos concluir que la responsabilidad derivada del art. 120. 4.º *Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.*

En este caso los hechos ocurrieron en el colegio donde el acusado estaba desarrollando sus servicios de monitor en prácticas, en virtud de un convenio de colaboración. El contacto con los menores de tan corta edad es una fuente de riesgo importante, de la que se pueden derivar supuestos como el que aquí ha acontecido por lo que se requiere un mayor cuidado y vigilancia de los que deben velar de la seguridad de los menores, que en este caso no fue así, y este mayor cuidado le corresponde al centro donde el acusado cursaba las prácticas, no a la Fundación en la que estaba realizando el curso, la cual no tenía ningún contacto con los menores ni por tanto posibilidad de vigilar el riesgo. La Fundación DIRECCION003 aporta un documento de la Generalitat de Catalunya derivado de la legislación en esta materia en el que se especifica que es al centro donde desarrolla los servicios cualquier persona, a la que le corresponde cumplir la legislación referente a la protección de menores en concreto la que debe asegurarse que dicha persona carece de antecedentes penales, lo que debe entenderse lógico que es que la persona que tiene a su cuidado a los menores la que le corresponde asegurarse de que las personas que en el mismo desarrollan sus funciones no supongan un riesgo para los menores.

Es independiente el convenio de colaboración entre las partes y el hecho de que se haya pactado que la responsabilidad civil corresponderá a la fundación DIRECCION003 porque aquí se trata de una responsabilidad a tercero de la que deberá responder el colegio, independientemente de la posibilidad de repetición que tengan desarrollada en su convenio interno.

Por tanto debemos concluir que la fundación DIRECCION004 es la responsable civil subsidiaria del pago de las cantidades en concepto de responsabilidad civil por las que se condena al acusado.

OCTAVO .- Costas.

A tenor del artículo 123 del C.P. y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito, por lo que deben serle impuestas al acusado, incluidas las de la acusación particular.

Vistos los preceptos citados y demás de procedente aplicación,
procede dictar el siguiente:

FALLO

CONDENAMOS a Arsenio como autor criminalmente responsable de los siguientes delitos:

- de un delito de ABUSO SEXUAL a menor de 16 años sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN** con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho



de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena Y a la inhabilitación para especial para empleo o profesión que tenga que ver con menores durante el tiempo de la condena.

- de TRES DELITOS LEVES DE COACCIONES a la pena de multa de cuarenta y cinco días con cuota diaria de cinco euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art. 53 del CP .

CONDENAMOS A Arsenio a las siguientes prohibiciones:

- **a la prohibición de que se aproxime** a la menor Felisa A una distancia mínima de 500 metros así como a su domicilio, colegio o lugares que frecuente durante un plazo de CINCO AÑOS así como comunicar con ella por cualquier medio durante el mismo plazo.

- **a la prohibición de que se aproxime** a las menores Emilia ., Covadonga y Isidora A una distancia mínima de 500 metros así como a su domicilio, colegio o lugares que frecuente durante un plazo de SEIS MESES así como comunicar con ella por cualquier medio durante el mismo plazo.

CONDENAMOS A Arsenio a la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años desde la finalización de la pena de prisión sujeta al mecanismo legal referido en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución.

Deberá indemnizar Arsenio en concepto de responsabilidad civil la cantidad de MIL QUINIENTOS EUROS a la menor Felisa y en la cantidad de CUATROCIENTOS EUROS a cada una de las menores Emilia ., Covadonga y Isidora A más los intereses legales del art. 576 de la Lec ., de esta cantidad responde subsidiariamente la entidad DIRECCION004 .

Condenamos a las costas causadas a su instancia incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme, pudiendo interponer contra la misma recurso de casación dentro del plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la misma Ilma Magistrada Ponente que la dictó, encontrándose celebrando audiencia pública . Yo la Letrada da la Administración de Justicia DOY FE