

**SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA  
Sección de Apelación Penal**

REAL CHANCILLERIA, PLAZA NUEVA S/N, GRANADA

Tif.: 662977340. Fax: 958002718

NIG: 1808731220220000098

**RECURSO: Apelación resoluciones (arts. 790-792 Lecrim) 255/2022**

Negociado: MH

Asunto: 423/2022

Proc. Origen: Procedimiento Sumario Ordinario 1/2022

Juzgado Origen : SECCION Nº 7 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA CON SEDE EN MELILLA

Apelante: M. B. B. y F. N. F.

Procurador : BELEN PUERTO MARTINEZ y JOSE LUIS YBANCOS TORRES

Abogado : CARLOS GONZALEZ VARO

Apelado: MINISTERIO FISCAL

**SENTENCIA NUM. 15/23**

<b>ILMO. SR. PRESIDENTE.</b> D. RAFAEL GARCÍA LARAÑA.	<u>En Granada a veinticuatro de enero de dos mil veintitrés</u>
<b>ILMOS SRES. MAGISTRADOS.</b> D. ANTONIO A. MORENO MARÍN. D. JULIO RUIZ -RICO RUIZ-MORON.	

**Apelación penal Rollo nº.- 255/2022**

Visto por la Sección de Apelación Penal de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el Rollo nº 255/2022 y los autos originales de Sumario Ordinario seguidos ante la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga con sede en Melilla – Rollo Sumario nº 1/2022 - procedentes del Juzgado de Instrucción mixto n.º 3 de Melilla por delito continuado de Abusos sexuales sobre menor de 16 años y Prostitución de menor de 16 años.

Son acusados, cuyas circunstancias constan en la sentencia apelada:

**M. B. B. y F. N. F.**, ambos representados por la Procuradora Dña. Belén Puerto Martínez y defendidos por el Letrado D. Carlos González Varo.

Es parte acusadora **el Ministerio Fiscal**.

Es ponente el Magistrado D. Antonio A. Moreno Marín, que expresa el parecer de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

**Segundo.**- En fecha 30 de junio de 2022 se dictó sentencia por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Málaga, con sede en Melilla, en la referida causa, cuyos hechos probados son del tenor literal siguiente:

*“PRIMERO.- La procesada, M. B. B., mayor de edad y ejecutoriamente condenada en sentencia que fue firme el 31/5/21 por un delito contra la salud pública a pena de 8 meses de prisión, es madre, entre otros, de la menor S. , nacida el 8 de marzo de 2008, quien presenta discapacidad intelectual que ha sido calificada como leve.*

*S. había ingresado en el centro asistencial "Gota de Leche" en marzo de 2019 y pasó al centro de igual clase XXXXXXXX, dónde actualmente reside, en septiembre de 2020. En ambos casos, su madre, la nombrada procesada, disponía de un régimen de visitas, de manera que podía sacar a la menor del respectivo centro unas horas al día los viernes, sábados y domingos.*

*En fechas no determinadas, pero en todo caso durante el tiempo en que S. ha residido en dichos centros asistenciales y hasta el día el 18 de junio de 2021, M. recogió a S. y la llevó al domicilio de suamigo, el también procesado F. N. F., mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia que fue firme el 16/10/13 por un delito de exhibicionismo y provocación sexual con víctima menor a pena de 6 meses de prisión, habiéndole sido concedida la suspensión condicional de la misma por tiempo de tres años el día 2/12/13.*

*Una vez en dicho domicilio, un piso sito en la calle XXXXXXXX, Melilla, M., aprovechando su condición de progenitora y a cambio de cierta cantidad de dinero - entre 25 y 30€-, obligaba a S. a dejarse hacer por el procesado a fin de que este satisficiera sus deseos sexuales. A tal efecto, la procesada hacía valer su condición de madre aprovechando al tiempo la falta de capacidad de S. para reaccionar ante su imposición.*

*F. , conocedor de la edad de la menor y de su limitación intelectual, la llevaba al único dormitorio que tiene la vivienda y una vez allí la desnudaba, la besaba y le tocaba pechos y zonas íntimas, habiendo llegado a introducir sus dedos en la vagina de S. , todo ello mientras se masturbaba. Además del dinero, que F. daba a M., entregaba a S. unos 5€ cada vez que lo relatado tenía lugar.*

*SEGUNDO.- Dichas prácticas, que se repitieron un número no determinado de veces, han provocado que la menor presente síntomas ansiosos-depresivos- y problemas conductuales, con dificultad para conciliar el sueño, pensamientos de autolisis, bajo rendimiento académico, sentimientos de estigmatización, humillación, culpa, vergüenza, pérdida de autoestima e impotencia, entre otros.“*

**Tercero.**- Dicha sentencia contiene el siguiente Fallo:

*“1.- Condenamos a M. B. B. como autora de un delito continuado de abusos sexuales, así como de un delito de prostitución de menores de 16 años, ambos ya definidos, no concurriendo circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal, a las siguientes penas:*

*A) Por el primer delito, 12 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a su hija S.. o a cualquiera de sus otros hijos a menos de 200 metros, a su lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ellos, así como de comunicarse con los mismos por cualquier medio durante 13*

años. Se le impone, además:

1.- Libertad vigilada por tiempo de 10 años, que conllevará prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza, así como obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares;

2.- inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido; que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo de 17 años;

3.- privación de la patria potestad.

**B)** Por el segundo delito, 10 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, multa de 30 meses con cuota de 6€, con la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago legalmente prevista, y prohibición de acercarse a su hija S. o a cualquiera de sus otros hijos a menos de 200 metros, a su lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ellos, así como de comunicarse con los mismos por cualquier medio durante 11 años.

Se imponen, además, privación de la patria potestad e inhabilitación especial para profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 15 años.

**2.-** Condenamos a F. N. F. como autor de un delito continuado de abusos sexuales y de un delito de prostitución de menor de 16 años, ambos ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las siguientes penas:

**A)** Por el primer delito, 12 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a S. a menos de 200 metros, a su lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como de comunicarse con ella por cualquier medio durante 13 años.

Se le impone, además:

1- libertad vigilada por tiempo de 10 años, que conllevará prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza, y la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares;

2- inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo de 17 años.

**B)** Por el segundo delito, 5 años de prisión, inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a S. a menos de 200 metros, a su lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como de comunicarse con ella por cualquier medio durante 6 años.

Se le impone, además, inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo de 8 años.

Además de abonar las costas por mitad, los condenados indemnizarán conjunta y solidariamente a S. , a través de su representante legal, actualmente la Consejería de Bienestar Social de la Administración de la Ciudad Autónoma de Melilla, con la cantidad de 20000€, que devengará el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para el cumplimiento de las penas impuestas les será abonado a los condenados el tiempo que han permanecido privados de libertad por esta causa, si no le hubiese sido aplicado a otra.

Dése a los efectos intervenidos, en su caso, el destino legal.”

**Cuarto.-** Frente a la referida sentencia, se interpuso recurso de apelación por el Procurador don José Luis Vivancos Torres en representación procesal

ante esta Sala de F. N. F., defendido por el letrado don Carlos González Varo por escrito de fecha 13 de julio de 2022 .

Asimismo se interpuso recurso de apelación por la procuradora doña Belén Puerto Martínez en representación ante esta Sala de M. B. B., y defendida por el letrado don Carlos González Varo, por los motivos que constan en su escrito de fecha 13 de julio de 2022 , en los que fundamentaron su impugnación.

Los recursos fueron admitidos a trámite en ambos efectos. Y de sus escritos se dio el preceptivo traslado al resto de las partes. El Ministerio Fiscal interesó la desestimación de los dos recursos por los motivos que constan en sus escritos separados, ambos de fecha 26 de julio de 2022 .

Seguidamente fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal, donde se incoó el correspondiente Rollo; se turnó para ponencia y se señaló su deliberación y votación para el día 19 de diciembre de 2022 .

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** Las representaciones de los dos acusados han recurrido la sentencia en apelación en base al artículo 790.2 de la LECrim en motivos de error en la valoración de la prueba que afectaría, se dice, el principio fundamental de presunción de inocencia e "in dubio pro reo" . Y aunque desarrollado en dos motivos -por error en la valoración de la prueba, y vulneración de la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*- la línea impugnativa principal del recurso se centra en denunciar lo que estima como un error de apreciación probatoria de la sentencia impugnada, error que repercutiría en una vulneración de la presunción de inocencia por insuficiencia de la prueba de cargo . En definitiva, lo que se pide del tribunal de apelación es que revise, y rectifique, la valoración de la prueba de cargo que lleva al de instancia a declarar la culpabilidad del acusado.

Y todo ello en basado en las cuestiones que cada uno plantea en su escrito de recurso, coincidentes en lo esencial, y de las que procedemos a dar debida respuesta.

**Segundo.-** Puesto que la línea impugnativa del motivo es puramente probatoria, conviene tener presente, como necesario punto de partida, cuál es el ámbito de actuación de este Tribunal de apelación cuando ha resolver una impugnación por error probatorio contra sentencia condenatoria.

En primer lugar, nada que decir por esta Sala en cuanto a cuestiones no discutidas en esta alzada que no precisan de revisión.

En segundo término, como ha recordado la sentencia del Tribunal Supremo 555/2019, de 13 de noviembre (FJ. 1.º), con cita de 162/2019 de 26 de marzo y la 216/2019, de 24 de abril, la apelación constituye "una segunda instancia no plena, alejada de un nuevo enjuiciamiento"; de suerte que el órgano de apelación "[solo] puede rectificar el relato histórico [de la sentencia impugnada] cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación", con el único límite "determinado por la inmediatez en la percepción de la actividad probatoria".

Y ambos recursos interpuestos por la misma dirección letrada de los dos

acusados, se centran en error en valoración de la prueba, especialmente de la declaración de la víctima, en relación posteriormente concatenada con vulneración del principio de presunción de inocencia del segundo motivo alegado por los dos recurrentes. Sostienen que la errónea valoración de la prueba practicada ha provocado la inexacta fijación de unos hechos en la sentencia que se declaran probados en los términos que expone en su recurso; para justificarlo realizan un cierto recorrido de aspectos de la prueba practicada, y especialmente de la declaración de la víctima, y en su valoración de aspectos que habría afectado a la conclusión obtenida, vulnerando el principio de presunción de inocencia.

A partir de aquí, los recurrentes siguen realizando su propia y subjetiva interpretación de la prueba practicada, o de su ausencia, y del testimonio de la menor, y periciales practicadas, llegando a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre la producción de los hechos de contenido sexual por los que han sido condenados .

Con igual base fáctica procede resolver ambos recursos conjuntamente, dando respuesta a las diferencias relativas a cada uno de los acusados, que pudieren contener.

Así planteados los recursos de apelación, y centrada la base impugnatoria, no parece ocioso recordar que el alcance de la revisión que debe realizar esta Sala de apelación en relación con la valoración de la prueba efectuada en la instancia ha sido objeto de varios pronunciamientos del Tribunal Supremo, entre ellos, la reciente sentencia de 17 de septiembre de 2020, en la que el Alto Tribunal destaca que "... aunque el control por parte del Tribunal de apelación sobre la coherencia del juicio probatorio del Tribunal de instancia no pasa por exigir un juicio valorativo en el que se detallen todas las pruebas que se han presentado, sí debe confirmar que el órgano de enjuiciamiento haya fijado con claridad las razones contempladas para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos. (...) Todo ello cribado por el tamiz de la racionalidad y solidez de la inferencia en la que se sustenta la prueba indiciaria, no solo desde su cohesión lógica, esto es, que es irrazonable la conclusión si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él, sino desde su calidad concluyente, pues el desenlace propuesto nunca puede ser válido si la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa."

En todo caso, la doctrina constitucional y la jurisprudencia, han proclamado que el control de la calidad concluyente de la inferencia debe de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales de instancia quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo, y obtenido con todas las garantías, del acervo probatorio.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020 estableció que "Si al tribunal de instancia le corresponde la valoración de la prueba en los términos que se derivan de la percepción inmediata de la prueba propuesta por las partes, al tribunal de la apelación le compete un análisis completo de la actividad probatoria, cuando se trata de sentencias condenatorias, con posibilidad de anular la sentencia, cuando se trata de valoraciones irrazonables de la prueba, pudiendo dictar sentencia absolutoria, cuando en su función jurisdiccional, comprueba la insuficiencia de la actividad

probatoria"; Es decir, que esta Sala de apelaciones tiene un amplio margen de valoración de la prueba cuando sea "a favor de reo" pero siempre teniendo en cuenta que la valoración realizada por el Tribunal a quo goza de las ventajas de la inmediación; a esta Sala Penal no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié para, a partir de ella, confirmar o no la valoración del tribunal de instancia. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del tribunal a quo se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad, de forma que, el error en la valoración de la prueba ha de ser entendido como el error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron..., no pudiendo alcanzar a la realización de valoraciones alternativas a las que hizo el Tribunal que gozó de la inmediación.

Así las cosas, por último, como reiteradamente se ha señalado por este Tribunal (por todas, la reciente Sentencia de 20 de Abril de 2022, Apelación Penal 284/2021) ,este órgano de apelación no puede apartarse, sin un fundamento válido, del juicio de credibilidad, razonado y razonable, que han merecido a los Magistrados del Tribunal a quo unas declaraciones y actuaciones ante ellos realizadas , y que solo ellos, y no el Tribunal que ahora resuelve, han podido "ver con sus ojos y oír con sus oídos" <en expresión de las STS de 30 de enero y 2 de Febrero de 1989>. Debemos insistir en que nuestro papel no es el de valorar de nuevo -revalorar- las declaraciones y actuaciones realizadas ante el Tribunal de instancia, subrogándonos en su posición; sino tan solo determinar si la valoración de este, plasmada en la motivación probatoria de su sentencia, resulta, razonable y razonada para fundamentar la conclusión de culpabilidad del acusado bajo el estándar de la duda razonable.

**Tercero.-** Sin perder de vista la anterior Jurisprudencia, y a la luz de la misma, pasaremos a analizar las alegaciones impugnatorias de las partes recurrentes, de forma conjunta, en cuanto al error en la valoración de la prueba, y su posterior incidencia, en el segundo motivo planteado, con la posible vulneración o no de derecho a la presunción de inocencia e in dubio pro reo.

Así, examinada la prueba practicada en el acto de juicio oral, y visionada la grabación del mismo, anticipamos ya que no existe la errónea valoración de la prueba alegada, con incidencia sobre la presunción de inocencia, pues en la vista oral se han practicado pruebas aptas para desvirtuarla, que después analizaremos. Cuestión distinta es que a la parte recurrente le parezcan dichas pruebas insuficientes o no demostrativas de su culpabilidad.

1.- Se alega con insistencia en el recurso la incorrecta valoración del testimonio de la víctima especialmente en relación a las declaraciones de los acusados negando los hechos, que habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los mismos.

Ciertamente, el supuesto de autos presenta la dificultad adicional de que la

declaración de la víctima menor constituye la principal prueba de cargo y la única directa; situación probatoria que da lugar a lo que la jurisprudencia reconoce como “la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia” (por todas, Sentencias 1346/2002 de 18 de julio, o 305/2017, de 25 de abril).

Ahora bien la forzosa limitación de medios probatorios no conduce necesariamente a una conclusión absolutoria. Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo 69/2020, de 24 de febrero, *“una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, puede ser apta para desactivar la presunción de inocencia [...] La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva [...] La testifical de la víctima, así pues, puede ser prueba suficiente para condenar”*. Y ello incluso aunque ese testimonio único no satisfaga uno o más de los criterios orientativos de valoración que ha establecido la insistente y reiterada línea jurisprudencia, estableciendo como tales los de persistencia en la incriminación, ausencia de posible motivación espuria y corroboración externa.

A ello hay que añadir lo expuesto por Tribunales y doctrina en relación con la complejidad que supone la valoración de la declaración de la víctima cuando es el único testigo directo de lo ocurrido, pues una vez superada la máxima “unius testimonio non esse credendum” (Digesto 48,18,20), debemos recordar que admitida esa posibilidad y fijados unos parámetros de valoración por el Tribunal Supremo, los mismos han sido aplicados de manera coherente y racional por el Tribunal de instancia, sin que se nos ofrezcan valoraciones alternativas de igual o mayor coherencia o racionalidad más allá de la negación de lo declarado probado, y de aludir y tratar de justificar el no acaecimiento de los hechos enjuiciados y por los que ha sido condenado el acusado.

Por lo tanto, procede examinar si la declaración de la víctima S. (que declaró tanto en la fase de instrucción cuando contaba 13 años, como en el juicio oral con 14 años), reúne los requisitos necesarios para considerarla como prueba plena de cargo, recordando nuevamente , y ahora con la STS número 700/2021 de 16 de septiembre, con cita de las número 644/2013, de 19 de julio y 724/2012, de 2 de octubre, entre otras, que dicha declaración puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba concurrente, lo que ocurre frecuentemente en supuestos de abusos o agresiones sexuales, pero correspondiendo su valoración al órgano de enjuiciamiento, que es el que goza de las ventajas inherentes a la inmediación.

Hay que tomar en consideración igualmente la especial complejidad en la determinación como probadas de conductas que ocurren en un ámbito privado, intentando evitar la posibilidad de conocimiento público de los hechos, lo que lleva necesariamente a valorar especialmente los hechos relatados por la víctima, ante conductas tan reprobables como las castigadas en el código penal en relación a los delitos como aquellos ante los que nos encontramos, más reprochables aún en el concepto social e íntimo de cualquier persona, y que precisan de mayor rigor en su valoración si cabe, por afectar a personas con las que se mantiene familiar o de afectividad previa y por atacar el ámbito interno de los sentimientos, exteriorizando una violencia más grave que aquella

referida a situaciones de desconocimiento previo entre víctima y agresores.

Efectivamente nos encontramos exclusivamente con una prueba directa que es la declaración de la víctima, pues los hechos nucleares sobre los que pivota el procedimiento ocurren en un ámbito privado y oculto al posible conocimiento público, pero tal dificultad probatoria, como se ha dicho anteriormente, no impide per se la conclusión obtenida por el tribunal de instancia, a raíz de todas las pruebas practicadas en el acto de juicio oral .

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de las declaraciones de la víctima como prueba de cargo se establecen por la jurisprudencia unas notas o parámetros que coadyuvan a ello, y que consisten, muy sintéticamente, en el análisis de su credibilidad subjetiva, valorando la posible existencia de móviles espurios, de su credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio, que debe estar basada en la lógica de la declaración y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico, y en la persistencia en la incriminación a lo largo del procedimiento, que ha de ser concreta, sin modificaciones esenciales ni contradicciones.

Así los tres extremos esenciales para tomar en consideración, como prueba de cargo única, la declaración de la víctima, son analizados por la sentencia a de forma razonable y coherente, para llegar a la conclusión de su ausencia :

**a)** En primer lugar en cuanto al requisito de ausencia de incredibilidad subjetiva, no constan acreditada una controversia previa personal entre acusados y acusadora, que de forma eficaz, clara y contundente, incida de forma negativa sobre la credibilidad subjetiva de las manifestaciones de la víctima .

La madre ejercía el derecho de visitas sobre la hija, integrada en el sistema administrativo de protección , de forma ordinaria, hasta que se exteriorizaron las conductas delictivas. Nada se acredita objetivamente acerca de que clase circunstancias o móviles espurios concretos pudieren concurrir, o qué específico ánimo de venganza de la menor existiera y motivara a la menor a relatar lo contado, ni sobre su madre ni respecto del otro acusado amigo de la madre. Las alegaciones de los recurrentes acerca de su existencia, quedan en solo eso, mas allá del lógico temor reverencial que pudiese sufrir la menor en relación a la figura materna, también exteriorizado por “amenazas” de la madre de “llevarla con su padre para que le pegue”, como así declaró S. ; temor extensible también sobre el amigo de la misma, y en relación al daño de todo tipo que las conductas enjuiciadas le producían.

En relación a esa amistad o conocimiento de F. con la madre de la menor, el acusado dijo en fase de instrucción que procedía de mas de 10 años atrás, aunque se desdijo en el juicio alegando amistad de solo un año, en una respuesta que coincidía con la de la madre , y que el propio tribunal consideró como pactada , así como ocurrió con otras contradicciones , sí existentes y acreditadas, en que incurrieron los acusados en el juicio oral en relación a lo declarado durante la instrucción.

La propia menor en el acto de juicio oral y a preguntas de la defensa de los acusados dijo que no pensaba que su familia materna le tuviera manía ni que su madre tratara mejor a sus hermanos que a ella.

Ningún elemento de resentimiento o de ánimo de venganza se desprende de



las actuaciones y declaraciones acusatorias, mantenidas a lo largo del tiempo, de la menor , y al momento de su declaración en el acto de juicio oral.

No se desprende que tuviera una relación nociva previa con el acusado F. , al que no conocía antes de iniciarse los hechos, según declara, ni con su madre con anterioridad a ocurrir los hechos, debiendo tenerse en cuenta que S. solo narra los hechos al personal del centro de acogida XXXXXXXX , cuando las educadoras la empiezan a notar triste ,solitaria y con frecuentes llantos, le preguntan , y tras insistir , cuenta los hechos que constituyen el núcleo fáctico del proceso.

Si la hubiera movido ánimo de venganza podría haber denunciado en fecha más próxima a los hechos, que empezaron mas de un año atrás del inicio de su relato, cuando se encontraba en el otro dentro “gota de leche” , y además de forma espontanea a diferencia de como se produjo la exteriorización de los mismos, que lo fue ante la insistencia de educadoras que la observaron triste, retraída y llorosa. Dicho retraso no presupone ausencia de veracidad, pues no tenemos por más que constatar que en supuestos similares, de abusos ocurridos durante una corta edad de la víctima, se exteriorizan, en forma reactiva a cualquier situación cotidiana, en fechas ulteriores, con una más calmada toma de conciencia .

La sentencia recurrida con dicha base argumental realiza un proceso de inferencia lógica y razonable para llegar a la conclusión de concurrencia del requisito de falta de incredibilidad subjetiva en sus declaraciones, no resultando acreditada la posibilidad de que su testimonio hubiera quedado afectado por factores subjetivos que pudieran viciar su credibilidad .

**b)** En cuanto al segundo requisito exigido jurisprudencialmente de verosimilitud en la declaración de la víctima, especialmente en el sentido de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, el Tribunal concluye, así como esta Sala en el papel revisor que le corresponde, que existen rastros objetivos de los delitos por los que se acusa a M. y F. .

Lo cierto es que existe plena constancia del momento espacial y temporal en que ocurren los hechos denunciados por la víctima, en tanto en cuanto se reconoce que los viernes la madre llevaba a la menor a casa del acusado F. , aunque no con la finalidad sexual acusada.

El testimonio de la menor, en el presente aspecto de corroboración periférica, se ve apoyado igualmente por la declaración de la testigo C. P.,directora del centro XXXXXXXXXX, a la que la menor contó lo que ocurría con su madre y F.

Asimismo los agentes de policía que declararon en el acto de juicio e intervinieron en un primer momento declaran como fue la menor la que les señaló donde se encontraba la vivienda de F. donde sucedían los abusos , y al que reconoció fotográficamente la víctima.

Por ultimo la declaración de la víctima, y la vivencia por ella de los abusos y la presunción y valoración de su existencia, se ve apoyada por los informes ratificados en juicio de la Psicóloga Marta María del C. , ratificados por la también psicóloga Leonor C. , que concluyen la existencia de retraso madurativo de la menor, limitación de su capacidad intelectual, dificultad para articular el lenguaje , y la existencia de síntomas ansioso depresivos y sentimiento de culpa y miedo, que sin embargo mejoraron cuando cesaron las

visitas de su madre.

En cuanto al “nivel alto de contradicciones” que informan las peritos respecto de la menor , en el que se incide en los recursos, la sentencia da cumplida respuesta a ello , refiriéndose dicha expresión científica a un test concreto y no a las contradicciones en que los recurrentes alegan incurre la menor.

Por otro lado el resto de periciales practicadas , y recogidas en la sentencia, inciden a modo corroborador , llegando a la conclusión de la posible existencia (evidentemente no se puede afirmar certeza) de abusos sexuales, valorada con la necesaria prevención que expresa la sentencia , pues no se afirma, como no podía ser de otra forma, la credibilidad total.

**c)** Por último la sentencia asimismo da congruente, razonable y coherente respuesta al requisito exigido de persistencia en la incriminación, al valorar, en relación a las declaraciones anteriores al juicio oral, la prestada por la víctima en el mismo, desde el privilegio que asiste a la Sala de instancia de la intermediación, entendiéndose que su declaración ha sido persistente y mantenida en el tiempo.

Alega el recurrente contradicciones de la víctima respecto a hechos puntuales.

En concreto se alega en primer lugar la existencia de discrepancias en cuanto al número de veces en que la menor fue al domicilio de F. , diciendo en su primera declaración que más de 10 veces . En el juicio oral si bien, precisamente por posible causa de limitación de su capacidad de verbalizar antes expuesta, al principio dijo que una vez , y sin embargo al incidir el Ministerio Fiscal, sin que se haya producido, en las repreguntas, según se observa de la grabación , inducción alguna, manifestó que fueron más de 5 veces.

Sin embargo si declara taxativamente que ocurrían los hechos todos los viernes en que su madre la recogía del centro y la llevaba a casa de F. , donde se producían los hechos enjuiciados.

Asimismo consideran contradicción los recurrentes en el hecho de la afirmación de la menor de que la desnudara F. estando de pie, cuando precisamente la menor afirma que F. “no podía andar bien porque tenía un problema de pie. No se podía quedar de pie. Se levantaba pero no se movía mucho” .. y que “ él se sentaba para quitarle la ropa” .

F. tiene efectivamente reconocida una minusvalía del 62% . Ello no obstante, se recoge en los informes aportados con el recurso, que la limitación derivada de ese grado de minusvalía no exige la necesidad de asistencia de tercera persona y permite el desplazamiento de F. (Dictamen propuesta de 29 de enero de 2009) , sin que conste ninguna otra prueba que permita afirmar la imposibilidad de que F. permaneciera de pie desnudando a la menor , o bien lo hiciera sentado, sin que ello suponga contradicción relevante en cuanto al hecho en sí , afirmado por la menor, de que la desnudaba.

Por todo ello el Tribunal de instancia, receptor directo e imparcial de las pruebas practicadas en el plenario, considera que la declaración de la víctima S. ha conseguido despejar las dudas acerca de la culpabilidad de los acusados.

Y a juicio de este Tribunal de apelación, el de instancia cumple suficientemente esta exigencia de motivación en su análisis del testimonio del

denunciante y del conjunto de la prueba practicada; llevando a cabo su fundamentación una minuciosa valoración de la credibilidad de las declaraciones de la menor, aplicando los criterios jurisprudenciales antes aludidos, frente a la versión exculpatoria de los acusados, que incurren en múltiples contradicciones, ellos sí, coincidentes, en relación a sus declaraciones en la fase de instrucción, y que niegan haber participado en los hechos de los que se les acusaba ; valoración de la que el tribunal *a quo* concluye que el testimonio de la menor merece crédito, y ello sin margen de duda razonable.

La sentencia recurrida, a lo largo de toda su fundamentación jurídica , y según todo lo expuesto anteriormente, valora estos elementos probatorios, a diferencia de lo que entienden los recurrentes, de forma razonada, razonable conforme a las reglas de la experiencia y en absoluto absurda, para alcanzar la solución condenatoria.

Los recurrentes hubieran deseado otra valoración y una conclusión distinta a la alcanzada, pero no ha sido así, de forma motivada suficientemente en la sentencia recurrida.

Los ímprobos, y lógicos desde su posición de defensa, intentos del recurrente de desvirtuar el alcance probatorio de los informes periciales expuestos, y la credibilidad de la menor, advirtiendo contradicciones y posibles motivos motivos espurios , chocan con la realidad de sus declaraciones en el acto de juicio oral, coherentes, reiteradas, mantenidas y persistentes en su incriminación a lo largo del tiempo en relación a todo lo expuesto, y en lo esencial del relato.

La lógica afectación personal de la menor que pudiera observarse en sus declaraciones, y las dudas en sus respuestas en el juicio, son consecuencia precisamente de la exigencia de revivir episodios que le causan dolor.

2.- Por consiguiente la Sala llega a la conclusión, como la Sentencia de instancia, del análisis de la prueba de los elementos configuradores del delito, que el testimonio de la menor es veraz, y que la fiabilidad de su declaración junto con los demás elementos corroboradores analizados permiten confirmar el valor probatorio de cargo de su declaración, con los efectos que ello conlleva, concluyendo que el tribunal *a quo* procedió en el sentido expuesto de forma lógica , coherente y razonada, habiéndose cumplido todos los requisitos que la jurisprudencia exige para que dicha prueba pueda servir como prueba de cargo y ser valorada como tal por el Tribunal sentenciador, y sin que en consecuencia se haya producido infracción del art. 24 de la Constitución en la vertiente alegada en el recurso de vulneración del derecho a la presunción de inocencia .

3.- Finalmente se invoca asimismo por los recurrentes afectación del principio *in dubio pro reo*.

La STS 666/2010 de 14 de Julio, explica cómo el principio "*in dubio pro reo*" nos señala cuál deber ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6 ).

Solo si el tribunal ante cuya presencia se practica la prueba ha mostrado una duda o falta de convicción en la decisión perjudicial que adopta, por vía de revisión cabrá que prospere una queja con base en dicho principio, pero lo que no puede hacer este tribunal de revisión es suscitar dudas que no le vienen dadas, de manera que, si el tribunal sentenciador no las expresa, no cabe que prospere el referido principio, porque la Audiencia, que ha contado con una prueba válida, la ha valorado, sometiéndola a un juicio explícita y correctamente motivado, tras el cual ha alcanzado una certeza más allá de cualquier duda razonable, por lo que su criterio ha de ser mantenido, no obstante la queja del recurrente.

En efecto, así lo consideramos, porque, si repasamos la sentencia de instancia, comprobamos que el tribunal a quo da una explicación razonable de por qué considera probada la existencia de los abusos sexuales y prostitución a la menor por los que condena, sin que ninguna duda al respecto se ha planteado la Audiencia Provincial de Malaga (Melilla) , y sin que exista error en la valoración de la prueba que ha llevado a la conclusión condenatoria.

Por todo ello el recurso se desestima.

**Tercero.-** Con motivo de la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, procede resolver de oficio si es de aplicación al caso el principio fundamental del derecho penal de aplicación de la pena mas favorable, en el espacio temporal existente entre la que contemplaba la norma aplicada y la contemplada para las mismas conductas por la ley actualmente en vigor.

El delito de prostitución de menor por el que asimismo se condena del art. 188.1, apartados 1º,2º y 3º a) y b), y del 188.4 apartado 1º y 2º , permanecen inalterados.

Mayor dificultad plantea sin embargo la comparativa regulación del delito de abusos sexuales de los regulados anteriormente en el art. 183 por el que se condena asimismo a los dos acusados.

\* Para ello comenzaremos transcribiendo los textos de los artículos del CP aplicable al caso, que son el 183.1,3 y 4 a),por los que se condena, **vigentes en la época de los hechos:**

“1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

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.

4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior (prisión de 10 años y 1 día a 12 años) cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por

razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. “

**\* Según la redacción que se da al nuevo art. 181.1, por LO 10/2022 , la regulación del supuesto de hecho enjuiciado, queda como sigue:** "El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años".

Su ordinal 2 dispone que : Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años.

Y a tal fin el art. 178.2 establece que a los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de *una situación de superioridad* o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

Y el número 3 del art. 181 establece que cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años de prisión en los casos del apartado 1 – de dicho art. 181 -, y con la pena de prisión de diez a quince años en los casos del apartado 2, del indicado precepto.

Y entre los subtipos agravados que recoge en su aptdo. 4 el art. 181, también con penas en su mitad superior, en la letra c) está contemplada la agravación "Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años." .

Examinada la anterior y actual regulación legal del tipo penal aplicable al presente supuesto enjuiciado, y ante la posible duplicada consideración en la nueva ley del prevalimiento por vulnerabilidad , que permitiría la aplicación del art. 178.2 en cuanto a su mención al "abuso de una situación de vulnerabilidad" y el 181.4 c) en su mención al prevalimiento por "situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad , enfermedad, discapacidad o cualquier otra circunstancias..." , hemos de constatar la *identidad fáctica* en este caso de los supuestos previstos en el tipo penal aplicado del antiguo 183.1,3 y 4 a) , con el introducido en el CP por la nueva ley, del art. 181.1,3 y 4 c), para el supuesto de abuso sexual sobre menor de 16 años, con introducción y prevalimiento.

Una vez constatada esa identidad de hecho y de la consecuente aplicación del supuesto concreto sometido a consideración , hemos de incidir en que el art. 178.2 prevé una regulación general entre la que incluye el genérico "abuso de superioridad", entendiendo la Sala de aplicación la regulación concreta y especial prevista en el art. 181.1,3 y 4 c) en lugar de la general del 178.2, dado además ,como se ha dicho, que ante una posible duplicación penológica

contenida en la nueva ley, aplicable al caso concreto, se ha de estar nuevamente a la regulación mas favorable al reo.

Efectivamente se impone en la sentencia recurrida por estos delitos a cada uno de los acusados, en continuidad delictiva la pena de prisión de 12 años , resultante de los entonces previstos legalmente de 8 a 12 años en su mitad superior por el prevalimiento por escaso desarrollo intelectual de la victima (10 y 1 día a 12 años) , y en su mitad superior por tratarse de delito continuado (prisión de 11 años y 1 dia a 12 años), imponiéndose en su extensión máxima de 12 años.

A esos mismos hechos, con la nueva regulación contenida en la ley aplicable en la actualidad y en los preceptos aplicables antes expuestos , correspondería una pena de prisión de 9 años y 1 día, resultante de los ahora previstos legalmente de 6 a 12 años en su mitad superior (9 años y 1 dia a 12 años) , y en su mitad superior por tratarse de delito continuado (10 años,6 meses y 1 dia a 12 años), imponiéndose en su extensión máxima aplicada por los motivos de individualización expuestos en la sentencia, de 12 años . En consecuencia resultando ,aplicando los mismos motivos no impugnados de imposición de la pena en su máxima extensión, la misma de 12 años, no procede acordar la revisión de la pena,.

**CUARTO.-** Por todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado confirmándose la sentencia recurrida, a excepción de la pena a imponer según lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, y todo ello con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla dicta el siguiente

## **FALLO**

**Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de M. B. B. y F. N. F.** contra la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Malaga con sede permanente en Melilla, en fecha 30 de Junio de 2022, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, y declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de sus Procuradores, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Malaga con sede permanente en Melilla, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para

ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### **DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN .-**

En Granada, a veinticuatro de enero. de dos mil veintitrés. La pongo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que la Sentencia Penal de fecha de hoy, es entregada en este órgano judicial, uniéndose certificación literal al procedimiento de su razón, incorporándose el original al legajo correspondiente, estando registrada con el número 15/23.. La presente Sentencia es pública. Doy fe.-

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.*

*Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*