



Roj: **SAP O 2000/2019 - ECLI: ES:APO:2019:2000**

Id Cendoj: **33024370082019100279**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **8**

Fecha: **27/09/2019**

Nº de Recurso: **15/2019**

Nº de Resolución: **32/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **JUAN FRANCISCO LABORDA COBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 2000/2019,**
STSJ AS 47/2020

AUD.PROVINCIAL SECCION OCTAVA

DIRECCION000

SENTENCIA: 00032/2019

AUD.PROVINCIAL SECCION OCTAVA DIRECCION000

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA, NUMERO 1, 2* PLANTA.- DIRECCION000

Tfno.: 985197268/70/71 Fax: 985197269

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGC

Modelo: 0010K0 DILIGENCIA DE ORDENACION TEXTO LIBRE

N.I.G: 33024 43 2 2018 0002112

Rollo: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000015 /2019

Órgano Procedencia: JDO. INSTRUCCION N. 3 de DIRECCION000

Proc. Origen: DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000510 /2018

Acusación: Diana

Procurador/a: RUTH MUÑIZ RUBIO

Abogado/a: MONICA CASTRO CODINA

Contra: Elisenda

Procurador/a: MARIA ARANTZAZU PEREZ GONZALEZ

Abogado/a: LUIS FERNANDEZ DEL VISO ARIAS

SENTENCIA nº 32/2019

Presidente:.... Ilmo. Sr. D. Bernardo Donapetry Camacho

Magistrados:.. Ilmo. Sr. D. Juan Laborda Cobo

..... Ilmo. Sr. D. Santiago Veiga Martínez

En Gijón, a veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve.



VISTOS en juicio oral y a puerta cerrada, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias, sede en DIRECCION000, integrada por los Ilmos. Sres. que constan arriba referenciados, los precedentes autos de la causa Procedimiento Abreviado nº 510 de 2018 del Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000, que dieron lugar al **Rollo de esta Sala nº 15 de 2019**, sobre **DELITO DE ABUSO SEXUAL**, contra Elisenda, nacida en León, el día NUM000 de 1986, hija de Isidora y Melchor, de estado civil soltera, de profesión bailarina, con Documento Nacional de Identidad número NUM001, domiciliada en Oviedo, CALLE000 Nº NUM000 - piso NUM002, sin antecedentes penales, declarada insolvente por resolución de fecha 25 de julio de 2019, y en situación de libertad provisional y sin fianza por esta causa, siendo representada por la Procuradora Dª Aránzazu Pérez González y defendida por el Letrado D. Luis Fernández-Del Viso Arias, causa en la que sido parte el **Ministerio Fiscal**, y como acusación particular Diana, en nombre de su hijo menor Armando, representada por la Procuradora Dña. Ruth Muñiz Rubio y defendida por la Letrada Dña. Mónica Castro Codina, siendo **Ponente** el **Ilmo. Sr. D. Juan Laborda Cobo**, y fundados en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de septiembre de 2019, en esta Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias, tuvo lugar la vista, en juicio oral a puerta cerrada a petición de las partes, de la causa antes reseñada contra la acusada que también se indica.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual a menor de dieciséis años, de los artículos 183.1 y 3 y 74 del Código Penal, estimando autor responsable del mismo a Elisenda, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando para ella la pena de prisión de 10 años y 1 día, accesorias de inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y pena de libertad vigilada conforme al artículo 152.1 del Código Penal por un periodo de 5 años.

TERCERO.- La acusación particular, en sus conclusiones definitivas, modificó la calificación jurídica asignada a los hechos en su escrito de conclusiones provisionales, calificando ahora tales hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 16 años -previsto y penado en los artículos 183.1 y 3 del artículo 74 del Código Penal-, adhiriéndose en lo demás a la calificación del acusador público.

CUARTO.- En idéntico trámite, la defensa solicitó la libre absolución de su patrocinada, con todos los pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

De lo actuado resulta probado y así se declara, que:

Durante el lapso temporal transcurrido entre comienzos del mes de enero y finales del mes de febrero del año 2018, el menor Armando inició una relación de noviazgo con la acusada Elisenda, que conllevó la convivencia de la pareja en Oviedo y en DIRECCION000, realizando sus integrantes actos de naturaleza sexual, conociendo la acusada que el menor tenía menos de 16 años, sin que haya podido acreditarse mantuvieran relaciones sexuales completas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años, tipificado y penado en el artículo 181.1 del Código Penal en relación con el artículo 74 del citado texto punitivo.

Sanciona el primero de los indicados preceptos penales sustantivos y considera en todo caso como conductas delictivas la realización de actos de carácter sexual con menores de 16 años, lo que constituye el tipo básico de la expresada figura delictiva. Además, para el supuesto de que concurra violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las primeras vías, se establecen unas agravaciones con respecto al tipo básico del delito.

En esta figura delictiva, el consentimiento o la voluntariedad del menor que se presta a la realización de las conductas típicas es absolutamente irrelevante, puesto que la no superación de aquel umbral o límite de edad supone, como "presunción iuris et de iure", un consentimiento viciado y carente en consecuencia de virtualidad o eficacia exculpatória, a salvo que se tratara de relaciones sexuales con persona próxima al menor por razón de la edad o grado de desarrollo, es decir, exista una cercanía en la edad y similitud de perfiles psicológicos, en cuyo caso entraría en juego la exención de responsabilidad prevista en el artículo 183 quater del Código Penal.

Para la apreciación del referido delito, además de los elementos objetivos que, por lo concerniente al tipo básico, consiste en la realización de actos de carácter sexual tales como besos -más allá de los que constituyen un simple ósculo, esto es, que expresen un acto de respecto y agradecimiento- caricias, tocamientos, masturbaciones, en definitiva todos aquellos que no conlleven el acceso carnal o la introducción de miembros corporales u objetos en las cavidades vaginal, oral y bucal, debe asimismo concurrir el correspondiente dolo o elemento subjetivo, que ha de abarcar el conocimiento de la edad de la persona con la que se mantienen aquellas relaciones, sin que, con arreglo a la moderna doctrina jurisprudencial, sea exigible un específico ánimo libidinoso o de obtención de una satisfacción sexual, bastando conocer que se realizan aquellas acciones sexuales sobre otro sin su consentimiento o siendo ineficaz el consentimiento prestado dado que "con tal conocimiento se da todo el contenido criminal del delito" (S.T.S. de 14/09/2000 y 06/03/2006).

Asimismo el *factum* o declaración de hechos probados permite apreciar el instituto de la continuidad delictiva regulado en el antes citado artículo 74 del Código Penal, como más adelante se razonará.

SEGUNDO.- La convicción inculpatoria se llega por la Sala en base a la actividad probatoria desarrollada en el acto de la vista oral, con sometimiento y sujeción a los principios de inmediación y contradicción, que se celebró a puerta cerrada por interesarlo así todas las partes, por razón de la materia objeto de enjuiciamiento y para la protección de la víctima como se acordó fundadamente al inicio de la sesión, cuya valoración de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E.Criminal desvirtúa la presunción constitucional de inocencia, al deducirse la culpabilidad de la persona acusada en relación con el delito cuya existencia se declara probada en la presente sentencia, elementos específicos que configuran dicha infracción penal y su autoría o participación.

Tales elementos de prueba vienen constituidos por las declaraciones de la acusada Elisenda, los testimonios del menor perjudicado y de su progenitora y las testificales prestadas por los testigos de descargo.

En relación con la declaración de la acusada, es indudable que constituye un medio de prueba y por ello susceptible de valoración, pudiendo en consecuencia contribuir a formar la oportuna convicción. A este respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, (Sentencia de 17 de septiembre, 26 y 24 de octubre y 15 de diciembre de 2001, entre otras muchas), ha declarado que la versión exculpatoria facilitada por el acusado, aun cuando resulte acreditadamente falsa u ofrezca explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque por sí solas no bastan para declarar culpable a quien las profiera, son susceptibles de constituir un dato o elemento valorativo más a tener en cuenta por el órgano judicial en la indagación de los hechos ocurridos y personas intervinientes, y en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional (S.T.C. 24/97 de 11 de febrero, 220/98 de 16 de noviembre y 155/02 de 22 de julio). Todo ello sin dejar de tener en cuenta, a la hora de llevar a cabo la ponderación de tal elemento probatorio, que todas las manifestaciones de los investigados y acusados o denunciados, durante la etapa investigadora y en fase de plenario, se vierten por quienes no tienen el deber jurídico de decir la verdad y, en consecuencia, venir determinadas por el objetivo de no inculparse y no confesar su culpabilidad.

En el supuesto enjuiciado, la acusada cuando declaró con la condición de investigada en el Juzgado Instructor (folio 42 de las diligencias), manifestó haber conocido al menor en el mes de febrero del año 2018, admitiendo estar en su compañía pero sin coacción alguna y de forma voluntaria, y en respuesta a la imputación por posible delito de abuso sexual a menor, negó la existencia de abuso, manifestando que "tuvieron relaciones voluntariamente". En el acto del plenario, ratificando el contenido de aquella declaración, realizó una serie de precisiones sobre los datos inicialmente proporcionados, referidos al lugar donde entró en contacto con el menor y las fechas aproximadas en las que se mantuvo la relación sentimental, que reconoció tuvo con el menor y conllevó periodos de convivencia en Oviedo y DIRECCION000. Sin embargo, indagada por el Ministerio Fiscal acerca de la clase o naturaleza de los actos de contenido sexual realizados en el seno o ámbito de aquella relación sentimental, negó rotunda y tajantemente que mantuviera relaciones sexuales completas, es decir, con acceso carnal y mediante penetración por vía vaginal, afirmando que "se daban besos y ya nada más", reiterando las manifestaciones efectuadas en su primera declaración.

Pues bien, siendo cierto que el reconocimiento por parte de la acusada de haber realizado actos de naturaleza sexual con una persona menor de 16 años, que cabe racionalmente precisar consistieran en caricias y tocamientos además de los besos -conducta que no es infrecuente lleven a cabo parejas que mantienen una relación sentimental de noviazgo y así nos lo enseña la propia experiencia, por motivaciones, entre otras, de carácter religioso o incluso social-, lo cual permite incardinar aquel comportamiento o proceder en el que describe el tipo penal básico del delito de abuso sexual sancionado por el artículo 181.1 del Código Penal, no lo es menos que dada la coherencia de tales manifestaciones exculpatorias, que se han mantenido sin ambages ni contradicciones a lo largo del procedimiento, no apreciando en las respuestas dadas por la acusada a cuantas preguntas que al efecto le fueron dirigidas, dudas, reticencias, vacilaciones o ambigüedades, negando siempre y en todo momento que se produjeran los actos de naturaleza sexual, en el ámbito de su relación con el menor, distintos de los que expresó en el plenario, ello imposibilita subsumir dicha conducta en la descrita por el

tipo penal agravado del referido delito, previsto en el apartado nº 3 del citado precepto penal sustantivo, puesto que no ha resultado acreditado sin género de duda alguna o, cuanto menos, existe una real incertidumbre, acerca de que los actos de naturaleza sexual conllevaran acceso carnal por parte de la acusada con el menor perjudicado, situación que habrá de resolverse en favor de la acusada por aplicación del conocido principio de elaboración jurisprudencial "in dubio pro reo", decantándose este Tribunal por la calificación jurídica más beneficiosa para la acusada.

TERCERO.- A la incertidumbre generada es indudable que han tenido una contribución eficaz y decisiva las declaraciones inculpativas prestadas por el menor perjudicado y por la progenitora. Como suele ser habitual y harto frecuente en delitos de esta naturaleza, porque se producen generalmente en un ámbito de estricta intimidad y sin la presencia de testigos, tal y como aquí acontece, no existen otros elementos de prueba más que las versiones proporcionadas por la propia víctima y por el acusado, que normalmente y en la práctica generalidad de los casos suelen ser antitéticas, abiertamente contradictorias y absolutamente contrapuestas.

Tales declaraciones inculpativas y, concretamente, las producidas en el acto del plenario, se han erigido y constituyen la prueba de cargo del delito que, formalizaba la actividad probatoria en el acto de la vista oral, introdujo el Ministerio Fiscal -con la adhesión de la acusación particular-, como modificación fáctica y jurídica que a su juicio demandaba o era fruto de aquella actividad probatoria, al formular sus conclusiones definitivas, postulando la condena de la acusada por el tipo agravado del delito de abuso sexual a menor de edad, al considerar se había producido acceso carnal por parte de la acusada sobre el perjudicado.

Así las cosas, la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Supremo han reconocido en numerosas ocasiones que la declaración de la víctima, producida con todas las garantías, tiene el valor de una prueba testifical y, aunque fuese la única prueba disponible, puede ser considerada como prueba de cargo hábil y suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia (S.T.C. 229/1991, de 28 de noviembre, 64/1994 de 28 de febrero y 195/2002, de 28 de octubre, y S.T.S. nº 187/2012, de 20 de marzo, nº 688/2012, de 27 de septiembre, nº 788/2012, de 24 de octubre, nº 469/2013, de 5 de junio y nº 563/2014 de 30 de junio, entre otras).

Ahora bien, para que una prueba única, que además procede de la parte denunciante, interesada lógicamente en obtener un pronunciamiento condenatorio, pueda desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, es necesario que la referida declaración supere 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, ello habida cuenta la situación límite de riesgo para el derecho constitucional a la presunción de inocencia, que se produce cuando, como aquí sucede, la única prueba de cargo la constituye el testimonio o declaración de la propia víctima, acentuándose si aquella es quien inició el proceso por denuncia, y extremándose cuando ejercita acusación, pues en tal caso ello conllevaría el desplazamiento de la carga probatoria sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien acusa.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la propia víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo unas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio- lo que supondría el retorno al desterrado sistema de prueba tasada, contrario al de libre valoración sancionado en el artículo 741 de la L.E.Criminal-, coadyugan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre, tratándose en definitiva de criterios a los que se ha de someter la valoración de aquel testimonio, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, siendo tales notas, parámetros o condiciones de ponderación la ausencia de incredulidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio en sí mismo (coherencia interna) y por venir corroborado periféricamente por otras pruebas (coherencia externa) y la persistencia de la víctima en su imputación. Cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración pueda ser apta por sí misma para desvirtuar aquella presunción constitucional. Si no se cumple plenamente una de esas condiciones o criterios, su deficiencia puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero para que dicha declaración no constituya prueba de cargo, es necesario que se incumplan los tres parámetros, pues en caso contrario nos encontraríamos ante una cuestión valorativa, que es competencia del tribunal sentenciador y no puede ser objeto de recurso de casación (S.T.S. 17/12/2001), lo que no supondría la exclusión de la validez de tal testimonio, sino poner en guardia al Juzgador sobre su credibilidad y una mayor exigencia en la valoración del mismo y sobre todo de las pruebas que puedan corroborarlo periféricamente.

CUARTO.- Con respecto a la credibilidad subjetiva de los testimonios inculpativos, no cabe cuestionar siquiera que las declaraciones han sido prestadas por personas no afectadas por ningún tipo de limitación psíquica o física, y la edad del menor -17 años cumplidos- tampoco permite cuestionar aquella credibilidad

en el aspecto subjetivo. La defensa por el contrario sí entiende que existen motivaciones espurias afectantes a la credibilidad de los testimonios incriminatorios, alegando que responden al objetivo de obtener un lucro económico a través de las indemnizaciones reclamadas para el resarcimiento de los daños psicológicos sufridos por el menor. Sin embargo, el análisis del entorno o contexto personal y social en que se han desarrollado las relaciones entre la acusada y el menor no excluye alcanzar la conclusión de la veracidad de la acusación, puesto que la eventual indemnización que pudiera percibir el menor en la cuantía reclamada bien por el Ministerio Fiscal -(1.500 €) o su representación procesal (3.000 €)-, además de que no es coincidente con la cifra que, según manifestó la testigo de descargo, Enriqueta, pretendía obtener (10.000 €), no constituye sino una consecuencia anudada a la necesidad de resarcir los potenciales daños que el delito conlleva para la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, involucrado sin su consentimiento en un contexto sexual producido en una fase incipiente de su desarrollo. Asimismo, aun cuando la motivación espuria puede fundamentarse en las propias manifestaciones efectuadas por el menor durante la declaración prestada en juicio aquí analizada -"le atacaba emocionalmente, ella era una mala influencia, acabó en Comisaría 2 veces y en su vida rondaban las drogas y no le convenía"-, el examen de las actuaciones documentadas en el expediente de custodia aperturado por el Instituto Asturiano para la Atención Integral a la Infancia, pone de relieve que ninguna incidencia tuvo la relación sentimental mantenida con la acusada, según revela la lectura de los diferentes informes al seguimiento efectuados al menor, que reconoce consumir sustancias estupefacientes como fruto de su decisión personal, llegando incluso a manifestar su interés en reanudar la relación, lo que no pudo conseguir por consecuencia del bloqueo realizado por parte de la acusada, impidiendo contactar telefónicamente y a través de las redes sociales, medios de comunicación habitualmente utilizados por el menor, por lo que ningún ánimo de venganza o enemistad es apreciable de forma que anule aquella credibilidad subjetiva.

QUINTO.- En lo concerniente al análisis de la credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio, según las pautas jurisprudenciales debe estar basado en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa), y ha de distinguirse la ausencia de contradicciones en el seno del relato de los hechos relatados por la víctima, o de elementos escasamente verosímiles, que es lo que caracteriza la coherencia interna, y dota a la versión acusatoria de credibilidad objetiva, de la ausencia de contradicciones entre las distintas versiones aportadas a lo largo del procedimiento, que constituye un elemento a analizar en el ámbito de la valoración de la persistencia en la declaración.

En el supuesto enjuiciado, es destacable la existencia de contradicciones internas en el relato histórico realizado por la progenitora del menor que formuló la denuncia, Diana, quien afirmó tanto en sede policial como ante el Juzgado instructor que cuando la acusada, el sábado día 17 de febrero de 2018, se personó en la vivienda donde reside en compañía de su hijo y éste manifestó que era su novia, le hizo saber la edad que tenía -menor de 16 años- y "que lo que estaba haciendo es un delito", mientras que en el acto del juicio, a preguntas de las acusaciones y defensa, declaró que tal información se produjo al día siguiente, por el que cabe inferir tuvo conocimiento de la relación de noviazgo, no en el momento referido al denunciar, sino al día siguiente, lo que es congruente con la anuencia o permiso que concedió para que ambos pudieran pernoctar en la vivienda y compartiendo además la misma habitación, aun con la precisión de que en dicha dependencia existieran dos camas -aspectos o detalles por cierto no mencionados en la denuncia-, pues no responde a la lógica que, sabedora de la vinculación existente en su hijo y la acusada, participara a ésta que era delito mantener aquella relación dada la minoría de edad de su hijo y, al propio tiempo, consintiera que ambos durmieran en una misma habitación.

Respecto del testimonio o declaración del menor, según pone manifiesto el visionado y audición de la grabación documentadora de la diligencia de exploración, no es destacable la existencia de contradicciones internas en el relato, a salvo que confirmase o corroborase en fase de plenario lo manifestado por su progenitora acerca del momento en que ésta conoció a la acusada y la relación de noviazgo, así como también en lo referente a la información de su edad.

La Sala estima que la versión de los hechos proporcionada por el menor, en cuanto a la acusación por el delito de abuso sexual previsto en el tipo básico, es enteramente coherente y acorde con las reglas de la experiencia en estos supuestos, pues además viene complementado, como elemento de corroboración periférica, por la propia declaración de la acusada, quien como antes se dijo reconoció la existencia de la relación de noviazgo, por todo lo cual concurren elementos o datos de corroboración relevantes para avalar la credibilidad objetiva del testimonio de la víctima en cuanto al señalado delito.

SEXTO.- Sin embargo, a la hora de analizar el tercero de los parámetros o condiciones a que se somete la valoración de las declaraciones incriminatorias de la víctima y su progenitora en relación con el delito de abuso sexual objeto de acusación en las conclusiones definitivas formuladas por el Ministerio Fiscal y la



acusación particular, apreciamos una falta absoluta de solidez de las manifestaciones incriminatorias, que no pueden en modo alguno merecer el calificativo de persistentes, plurales, mantenidas en el tiempo y a lo largo del procedimiento sin cambios o alteraciones sustanciales, ambigüedades o contradicciones, sino todo lo contrario.

La Sala alcanza la convicción expresada teniendo en consideración que la progenitora del menor perjudicado, cuando formalizó su denuncia en sede policial y posteriormente en la declaración prestada ante el Juzgado de Instrucción que investigaba los hechos, se limitó a dar cuenta de una relación de noviazgo de la que tuvo conocimiento por manifestaciones de su hijo y la propia acusada, que calificaba como delictiva dada la minoría de edad de aquél, pero en ningún momento indicó la clase o naturaleza de los actos de naturaleza sexual que pudo conocer realizaban quienes decían ser pareja -admitió pernoctaron al menos un día en su vivienda-, ni tampoco que, por revelación de su hijo, "tuvieran relaciones sexuales completas", tal y como declaró en el plenario y constata el acta documentadora de la sesión. Del mismo modo, en el transcurso de la diligencia de exploración practicada durante la etapa investigadora, el menor se limitó a reconocer la realidad de la relación de noviazgo mantenida con la acusada, sin que a la hora de narrar los hechos procediera a detallar los actos de naturaleza o índole sexual que llevó a cabo junto con la acusada en el seno de aquella vinculación sentimental, añadiendo en el plenario que conllevó convivencia de la pareja, en un primer momento en Oviedo y posteriormente en esta población de DIRECCION000, siendo en el acto de la vista oral cuando, como respuesta a las preguntas formuladas por el Ministerio Fiscal, afirmó por vez primera que durante el noviazgo, que duró un lapso temporal de 3 ó 4 semanas, "tuvo relaciones sexuales con penetración vaginal".

Los testimonios incriminatorios vertidos en fase de plenario, que por su relevancia y transcendencia han determinado una modificación de las conclusiones provisionales en su día formuladas por la acusación pública y particular, con notable incremento de las penas solicitadas en las conclusiones definitivas, no son coincidentes con las que los testigos realizaron en todas sus comparecencias policiales y judiciales, pues no hay una reiteración sustancial de las manifestaciones inculpatorias formuladas por dichos deponentes en una y otra sede ni en las diversas fases o periodos del procedimiento penal, ello por cuanto que, a la hora de relatar los hechos de las que daban cuenta, nunca especificaron, detallaron o precisaron, ni el menor ni tampoco su progenitora, que el noviazgo o relación sentimental conlleva mantener relaciones sexuales completas entre los miembros de la pareja, es decir, la existencia de acceso carnal, y no cabe argüir para justificar o encontrar una explicación convincente a tal esencial modificación de las declaraciones incriminatorias la circunstancia de verse implicado o involucrado como víctima un menor de edad, pues el perjudicado, que contaba con quince años a la fecha de ocurrencia de los hechos, a juicio de este Tribunal, reúne la suficiente madurez como para no omitir un aspecto o extremo de tanta importancia como es el de referir no ya el número y ocasiones, pero sí cuanto menos, qué tipo de relaciones o actos de índole sexual realizó en compañía de su pareja y, fundamentalmente, si tuvo o no relaciones completas con penetración vaginal, y tal conclusión es extensible respecto de la declaración testifical prestada por su progenitora, quien ninguna razón adujo acerca de no haber mencionado todo lo que le manifestó su hijo, una vez enterada de la relación de noviazgo mantenida entre éste y la acusada, particularmente el hecho de que tuviera relaciones sexuales completas.

En consecuencia, no concurre la necesaria persistencia material en la incriminación dadas las modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones incriminatorias prestadas tanto por la víctima perjudicado como también por su progenitora, carentes de la necesaria y exigible constancia sustancial (S.T.S. de 18 de 1998, entre otras), por lo que carecen de la aptitud necesaria para generar el grado de certidumbre que precisa y requiera la emisión de un pronunciamiento incriminatorio por el delito de abuso sexual agravado sancionado en el artículo 183.1, apartado 3, del Código Penal, que solicitaron las acusaciones pública y particular al elevar a definitivas las conclusiones provisionales, pues la prueba de cargo no es suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia de la acusada por la referida infracción penal, decantándose este Tribunal por la calificación jurídica expresada en el fundamento jurídico primero de la presente resolución, atendida la declaración de la acusada antes analizada, quien reconoció sustancialmente los hechos -relación de noviazgo con menor de 16 años-, que como antes dijimos encuentra acomodo y fundamentación en el conocido principio de elaboración jurisprudencial "in dubio pro reo", al resultar más beneficiosa para la acusada.

SÉPTIMO.- La línea defensiva que se esgrime para fundamentar la versión exculpatoria ofrecida por la acusada, quien afirmó en el plenario ignoraba su edad cuando conoció por primera vez al menor, iniciando seguidamente una relación de pareja con convivencia, que "el tenía 15 años", gira en torno a la concurrencia de un error de tipo y de prohibición, que pudo haber sufrido la acusada (artículo 14 del Código Penal). Pero el argumentario o discurso propuesto para fundamentar la propuesta de hecho que se ofrece resulta inacogible, puesto que tratándose de una circunstancia excepcional, el error debe de estar plenamente acreditado, tanto como el mismo hecho enjuiciado, y en el caso enjuiciado considera este Tribunal no lo está dado que, en el transcurso del interrogatorio practicado durante la fase instructora de la causa, la entonces investigada nada dijo acerca de que, cuando contactó por vez primera con el menor, al que según declaró conoció en febrero de 2018,



supiera también la edad que tenía o siquiera tuviese interés en saber tal extremo, siendo en el plenario cuando, indagada acerca de los hechos, manifiesta que ignoraba tener el menor 15 años. Sin embargo, la progenitora del menor que formuló la denuncia origen de la causa, en el plenario, declaró que al día siguiente de conocer a la acusada, puso en conocimiento de ésta, una vez enterada del noviazgo, que su hijo era menor de 16 años y que la relación constituía un delito, siendo tales asertos corroborados tanto por el propio menor como por los propios testigos que depusieron a instancia de la defensa, de manera directa por el testigo Jaime, quien declaró conocía al menor y a la acusada- esta refiere que precisamente en caso de dicho testigo fue cierto se produjo un primer contacto con el menor-, añadiendo que la acusada sabía la edad del menor porque así se lo manifestó el mismo "antes de que fueran novios", sin que pueda cuestionarse no ya la razón de conocimiento del testigo referido sino también su credibilidad por el hecho de que se encuentre ingresado en un centro penitenciario, lo que no es causa justificativa para negar eficacia probatoria a dicha declaración cuando el testigo fue propuesto por la defensa, por lo que tal pretensión no puede sino ponerse en relación con el resultado que ofrece la diligencia probatoria analizada, no coincidente con los intereses de la defensa, y de forma indirecta mediante el testimonio de la testigo Enriqueta, deponente que afirma haber presenciado como el menor acudía en ocasiones a zonas o lugares reservados para el acceso a mayores de 18 años y en otras sí le pedían el D.N.I., y aun cuando la tesis defensiva analizada puede encontrar inicial corroboración en la declaración testifical de Rocío, puesto que manifiesta que "cuando andaban de copas con el menor nadie les paraba ni les decía que no podían entrar y a todos les vendían alcohol", tales aseveraciones entran en abierta contradicción con las contenidas en las denuncias formuladas por posible delito leve de estafa, presuntamente perpetrados los hechos por la acusada y el menor durante el tiempo de su relación, donde los denunciante, a la hora de describir a las personas a quienes denunciaban, se referían al menor describiéndole como un joven y a la acusada como una persona que aparentaba ser su madre.

Además, como hecho notorio, sabido es sin necesidad de poseer conocimientos jurídicos, que mantener una relación de noviazgo con una persona menor de edad, lo cual conlleva en un orden lógico y normal de suceder las cosas, la realización de actos de naturaleza sexual, aunque no necesariamente como se dijo anteriormente, realizar el coito o acceso carnal ni, asimismo, alguna de las conductas descritas y sancionadas como específica modalidad de agravación, además de ser una conducta sancionada socialmente con la proscripción, es constitutivo de delito, y la acusada mayor de edad, era plenamente conocedora de la edad y tenía en consecuencia conciencia de la antijuricidad de los hechos, como así cabe racionalmente inferir de aquella plena capacidad derivada de su mayoría de edad, sin que hubiere alegado ni tampoco propuesto, bien durante la instrucción o como medio de prueba a practicar en el plenario, la pertinente prueba pericial médica no necesariamente forense, tendente a acreditar el padecimiento de deméritos de naturaleza psíquica, afectantes a su capacidad procesal y excluyentes o limitativos de la responsabilidad penal, ni siquiera obra en autos el necesario sustrato documental que permitiera al Tribunal apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y es relevante que haya negado ser consumidora de drogas, así como encontrarse bajo los efectos de la previa ingesta de alcohol, el día en que pernoctó en la vivienda que constituía el domicilio de su novio, cuando precisamente tal afectación la esgrime su letrado en la vista oral para justificar desconociera la edad de aquél o, cuanto menos, tal estado impidiera comprender en todos sus términos la conversaciones mantenidas con la madre del menor al indicado día.

OCTAVO.- Como ya dejamos dicho, es de apreciar la continuidad delictiva propuesta por las acusaciones.

La doctrina jurisprudencial considera de aplicación el delito continuado en los supuestos de agresiones sexuales realizadas sobre la misma persona, que se ejecuten durante un cierto tiempo y con idéntica sistemática, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o aprovechamiento de situaciones similares por parte del sujeto activo, con las que el autor consigue dominar la voluntad de la víctima, para proseguir durante el periodo de ejecución con una conducta delictiva (S.T.S. de 17/12/2013, 07/10/2015 y 28/05/2015, entre otras).

En el supuesto enjuiciado, los actos de abuso sexual se llevaron a cabo entre idénticos protagonistas, materializándose durante días sucesivos desde el mes de enero a febrero de 2018, aprovechando idéntica ocasión con semejanza comisiva y bajo la misma base o situación de dominio o prevalimiento sobre la víctima, por lo que no es posible considerar se tratase de actos aislados que pudieran haberse repetido ocasionalmente, por no existir solución de continuidad y si una interacción inmediata a la repetición de los actos de abuso como diferenciales en el tiempo, sino de una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor, dirigidos por un designio criminal único y con un dolo unitario, que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes (S.T.S. 27/04/2006, 18/06/2007, 10/07/2013, 17/12/2013 y 21/05/2015).

NOVENO.- No concurren ni han sido alegadas- circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.



DÉCIMO.- De acuerdo con los artículos citados en los Fundamentos Jurídicos primero y octavo de la presente sentencia, con lo dispuesto en los artículos 66.6, 56, 57 del Código Penal, y teniendo en cuenta las circunstancias personales de la acusada Elisenda, que carece de antecedentes penales, la naturaleza de los hechos, apreciando también la continuidad delictiva, procede la imposición de la pena señalada por la ley para el tipo básico del delito de abuso sexuales a menor de 16 años, en su mitad superior, esto es, la pena de 4 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y prohibición de acercamiento o aproximación al menor perjudicado a una distancia inferior a los 500 metros, así como la de comunicar con éste por un periodo de cinco años.

UNDECIMO.- Toda persona penalmente responsable de un delito, está obligada a responder también civilmente con arreglo a lo dispuesto en los artículos 109, 116 y concordantes del Código Penal, de las consecuencias dañosas y perjudiciales derivadas del delito que, en el caso enjuiciado, vienen exclusivamente referidas al resarcimiento del daño moral que comportó la perpetración del delito enjuiciado.

En relación con el daño o menoscabo moral, doctrina jurisprudencial reiterada establece que tales daños, a diferencia de los daños de carácter material, no necesitan probanza alguna cuando su existencia se infiera inequívocamente de los hechos. Así por ejemplo entiende que se producen en los casos de fallecimiento de un padre, madre, hijo, también en el supuesto de injurias, afrentas, amenazas, etc.(29/06/1987, 10/07/1987, entre otras). En sentencia más reciente, de 3 de mayo de 2017, califica tales daños como cualquier menoscabo en la integridad moral de una persona que sea personalmente sentida y socialmente rechazada como inaceptable, comprendiendo el simple dolor derivado del ilícito penal, refiriéndose en este sentido la jurisprudencia a la inquietud, preocupación, angustia, terror, deshonor, tristeza o melancolía.

Siendo así, aun cuando ninguna diligencia instructora de cargo se practicó durante la fase investigadora del procedimiento encaminada a la comprobación de los hechos y determinar las afectaciones del menor por las acciones referidas, ni tampoco demandó la acusación particular, en su escrito de conclusiones provisionales, la práctica de la oportuna prueba pericial psicológica, realizándose un diagnóstico de abuso con indicación del alcance o consecuencias del menoscabo de tal carácter y tratamiento psicológico para superar o paliar las previsibles secuelas de tal carácter, es lo cierto que la existencia de un daño moral se infiere inequívocamente de los hechos, pues con base en la naturaleza y en las reglas de la experiencia humana, la realización sobre la persona de un menor de 16 años actos de naturaleza sexual como la que ha resultado acreditado realizó la acusada, es de todo punto evidente le han originado un desasosiego y sufrimiento, aunque no tenga consciencia de ello en el momento presente, pues en definitiva se vio afectado su indemnidad sexual entendida como derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente expresado, con el riesgo que esta involucración pueda conllevar para el libre desarrollo de su personalidad o de su misma libertad sexual potencial o de futuro que pudiera verse afectado por un ataque sexual desproporcionado, en tanto que se produce en una fase temprana de su desarrollo.

Ahora bien, referente a su cuantificación, siendo la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos el hecho punible mismo de que estos son su resultado o consecuencia causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye el parámetro fundamentador del "quantum" indemnizatorio, en el supuesto que nos ocupa, la realidad o relevancia de aquel daño moral, teniendo en consideración la naturaleza de los actos de contenido sexual que la acusada realizó con el menor -besos, caricias, tocamientos, masturbaciones- unido ello a que es un hecho acreditado que este ya ha mantenido relaciones sexuales completas con otras mujeres y así lo avalan las entrevistas realizadas en los informes de seguimiento de que fue objeto, que figuran incorporados al expediente de custodia aportado ante el Instituto Asturiano para la Atención Integral o la Infancia, la consecuencia específica de aquel daño moral autoriza para calificar de excesiva la cantidad reclamada para su resarcimiento por el Ministerio Fiscal -1.500 €-, y absolutamente desproporcionada y desmedida la pretendía por la acusación particular -3.000 €-, estimando ajustada a las circunstancias concurrente la cifra de 300 €, que estima este Tribunal ponderada, satisfaciendo la finalidad reparatoria que toda indemnización persigue.

DECIMOSEGUNDO.- Las costas procesales deben imponerse a la acusada en virtud de su condena, con arreglo a lo previsto en los artículos 123 y 124 del Código Penal, en relación con los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con inclusión de las devengadas por la acusación particular.

VISTOS los artículos citados del Código Penal y los artículos 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: *Que debemos condenar y condenamos* a Elisenda, como autora de un **DELITO DE ABUSO SEXUAL** continuado a menor de 16 años, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial

para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular, y a que, en concepto de responsabilidad civil ex delicto, indemnice al menor, por daño moral y en la persona de su progenitora como representante legal del mismo, en la cantidad de 300 €, con los intereses legales correspondientes.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Tribunal, para ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el plazo de diez días a contar desde la última de las notificaciones de la sentencia.

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

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha se publicó la anterior sentencia mediante su lectura en audiencia pública por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, doy fe. En DIRECCION000 , a veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve.