



Roj: **SAP M 13460/2018 - ECLI: ES:APM:2018:13460**

Id Cendoj: **28079370022018100656**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **16/10/2018**

Nº de Recurso: **129/2018**

Nº de Resolución: **731/2018**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **CARIDAD HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 13460/2018,**
AAAP M 4354/2018

Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 4 - 28035

Teléfono: 914934540,914933800

Fax: 914934539

GRUPO TRABAJO: CONS

37051530

N.I.G.: 28.096.00.1-2015/0018306

Procedimiento sumario ordinario 129/2018

Delito: Abusos sexuales

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 02 de DIRECCION000

Procedimiento Origen: Procedimiento sumario ordinario 2309/2015

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, ha pronunciado, en el nombre de S.M. el Rey, la siguiente:

S E N T E N C I A N º 731 /2018

ILMOS./A. SRES./A MAGISTRADOS/A DE LA SECCIÓN SEGUNDA

D. VALENTÍN JAVIER SANZ ALTOZANO

Dª. CARIDAD HERNÁNDEZ GARCÍA (Ponente)

D. ENRIQUE JESÚS BERGÉS DE RAMÓN

En Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil dieciocho.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial el Procedimiento Ordinario nº 2309/2015 procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000 , seguido por delito contra la libertad e indemnidad sexuales, en el que aparece como acusado D. Ezequiel , nacido en Parla (Madrid) el día NUM000 de 1941, hijo de Fructuoso y de Concepción , con DNI nº NUM001 , de ignorada solvencia y sin antecedentes penales.

El juicio se ha celebrado el día 1 de octubre de 2018 y han intervenido: como acusación pública, el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Dª. Inmaculada Sánchez Cerveza Valdés, y el acusado ya reseñado, representado por el Procurador D. José Andrés Peralta de la Torre y defendido por el Letrado D. Ricardo Arteché



Gutiérrez; ha sido Ponente de la presente resolución la Ilma. Sra. Magistrada D^a. CARIDAD HERNÁNDEZ GARCÍA.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual a menor de 16 años previsto y penado en el artículo 183.2 y 4.d) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición de la pena de ocho años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena, así como, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 57 y 48.2 y 3 del Código Penal, la prohibición de aproximarse a Eulalia a menos de quinientos metros, a su domicilio, lugar de trabajo o lugares que frecuente, así como de comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto, durante doce años, y que de conformidad con lo establecido en el artículo 192.1 del Código Penal se imponga al acusado la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años consistente en la prohibición de aproximarse a Eulalia a menos de quinientos metros, a su domicilio, lugar de trabajo o estudio o lugar frecuentado por ella, así como de comunicarse con ella así como la obligación de participar en programas de educación sexual de conformidad con lo establecido en el artículo 106.1.e), f) y j) del Código Penal, con imposición de costas.

SEGUNDO.- La defensa del acusado, en igual trámite, mostró su disconformidad con las conclusiones del Ministerio Fiscal, solicitando la libre absolución de su patrocinado y subsidiariamente se aprecie la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas en atención a lo dispuesto en el artículo 21.6 del Código Penal, y la circunstancia atenuante del artículo 21.5 del Código Penal, por reparación del daño ocasionado a la víctima con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

II. HECHOS PROBADOS

Ha resultado probado y así se declara, que el día 23 de noviembre de 2015 en torno a las 13:50 horas, Eulalia , de 15 años de edad, en cuanto nacida el día NUM002 de 2000, caminaba con cierta premura dado que iba a recoger a su hermana pequeña al colegio, cruzándose en las inmediaciones de la CALLE000 de la localidad madrileña de DIRECCION001 con el acusado Ezequiel , nacido en Parla (Madrid) el día NUM000 de 1941, hijo de Fructuoso y de Concepción , con DNI nº NUM001 , y sin antecedentes penales, a quien conocía desde años antes por mantener éste relaciones de amistad con sus abuelos, momento en el que el acusado la saludó dándole dos besos en la cara que fueron devueltos de la misma manera por la entonces menor de edad, para luego de forma inesperada el acusado coger con fuerza a Eulalia por las muñecas sujetándola y preguntándola cuando iban a quedar, contestando la menor de forma reticente que tendría que hablar con su padre, respondiendo el acusado que no, que quería quedar con ella, y con la intención de satisfacer sus instintos sexuales comienza a besar a la menor por el cuello y en la boca mientras la tenía abrazada reteniéndola, llegando también a palparla el culo, conducta que provocó tensión y desagrado a Eulalia que intentaba desasirse del acusado sin conseguirlo, y como quiera que en esos momentos pasó una mujer vecina de la zona, el acusado aflojó la sujeción que ejercía sobre la menor aprovechando ésta para soltarse y acudir a recoger a su hermana al colegio para inmediatamente después regresar llorosa y nerviosa a su domicilio para relatar a su padre lo ocurrido.

Como consecuencia de estos hechos Eulalia fue examinada en el Centro de Salud de DIRECCION001 DIRECCION002 ese mismo día apreciando que iba muy nerviosa y con crisis de ansiedad y que a la exploración física presentaba dolor a la palpación musculatura paravertebral cervical, especialmente en la parte izquierda, y no observando lesiones; también fue examinada por la Clínica Médico Forense en DIRECCION000 el día 24 de noviembre de 2015 apreciando pequeña contractura cervical izquierda, pautando tratamiento sintomático ansiolítico, precisando para su curación una asistencia facultativa y tardando en curar tres días sin impedimentos para sus ocupaciones habituales.

III. RESULTADO Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El relato fáctico que se acaba de exponer consta probado a través de los siguientes elementos probatorios: la propia declaración del acusado, la de Eulalia , la declaración del padre de la perjudicada, el testimonio de Sara y de Salvador , hijo del acusado, y de la prueba pericial médica, pruebas practicadas con carácter contradictorio en el acto del juicio oral, además de la prueba documental propuesta y admitida por las partes.

El **acusado** negó los hechos y, en síntesis, manifestó que *ese día iba a su casa a comer y se encontró con una chica y le dijo hombre, Ezequiel , cuánto tiempo sin verte, era vecina, ella le dio un beso y él otro, él se fue a comer, ella hizo así y él así, la conocía porque fue vecina, vivían enfrente, ella era muy chiquita, hace que no se veían, no es cierto que la tocara, no tenía ninguna relación, él es jubilado, ha sido cerrajero y cobra una pensión*



por 600 euros, es vecina de hace muchos años de DIRECCION001 , no ha tenido ningún problema con ningún vecino, se ha llevado bien; el declarante no le guiñó ningún ojo, ni la dijo que quería quedar con ella, cree que quieren dinero, sí ha tenido contacto con la familia, la abuela fue a su casa que si le daban siete mil euros retiraba la denuncia, conoce a la abuela, iban a merendar, tenían unos amigos, lo de la abuela a los quince o veinte días de denunciarle la chica, luego no ha habido ningún contacto, fue a pedirle dinero y le dijo que no daba ni un duro porque no tenía dinero, dijo que si le daba siete mil euros retiraba la denuncia, el dicente es inocente.

A continuación, procede entrar a realizar el análisis del contenido de la declaración prestada por la víctima de los hechos.

La **perjudicada** en el acto del juicio oral, en síntesis, declaró que *ahora tiene dieciocho años, iba a recoger a su hermana pequeña al colegio porque ese día ella no iba a ir a clase por la tarde, había salido de su casa y andado como treinta metros como mucho y se encontró con el antiguo amigo de sus abuelos, siguió andando y le dijo hola y él se quedó de pie, ella también se paró porque le conocía y pensó que le quería decir algo, se acercó y le dio dos besos y ella se los devolvió porque le conocía de antes, le preguntó adónde iba y le dijo que iba a buscar a su hermana, le dijo que nunca la había visto por aquí y le preguntó a qué colegio iba y el horario, de repente están hablando y la cogió por las muñecas y acabó así, y le empezó a preguntar cuando podían quedar, y le dijo que, ella se quedó en shock, que lo tendría que hablar con su padre a ver cuándo tenía su padre tiempo, y él dijo, no, no, pero cuándo quedamos tu y yo, y dijo que tendría que hablarlo con su padre y abuelos, y la seguía presionando, y la empezó a besar por el cuello, la tenía cogida por detrás y la empezó a besar por el cuello y la boca, y la cogió por detrás, la tenía como abrazada y la palpó el culo, en ese momento no sabía cómo reaccionar, no sabía, estaba flipando, no sabía qué hacer, estaba así en plan como intentando soltarse, pero como le conocía no le quería hacer daño, le guardaba respeto en su cabeza, intenta no hacerle daño aposta, hasta que pasó una señora y ya aflojó un poco y consiguió soltarse y se fue; él la cogía, la cogió con fuerza porque a partir de ese momento le salió una contractura en la zona, y poco después de lo que pasó salió que se le había desviado un pelín la columna y con esa contractura ha seguido hasta ahora que tiene tratamiento, anímicamente se quedó mal porque tenía quince años y la daba pánico salir a la calle sola, salir por esa zona porque era prácticamente su vecino, le daba pánico salir a la calle sola y salir por el pueblo, sus padres y ella decidieron mudarse a otro pueblo, lo conocía desde 2009 o 2010, llegó a España con nueve años, era su vecino vivía enfrente, era amigo de sus abuelos, iban a pedirle chuches, coincidían en cenas porque eran muy amigos de sus abuelos, les conocían de muchos años a él y a su esposa, cuando ella se para está confiada, no se iba a parar porque iba tarde a buscar a su hermana pero como él se paró ella también se paró, no tenía intención de pararse porque iba tarde, no le han pedido dinero para que retire la denuncia, ella no ha contactado con él, él ha ido a buscar a sus abuelos en repetidas ocasiones, primero ofreciendo 400 euros, su abuelo la llamó y le preguntó qué había pasado y se lo comentó, sus abuelos no sabían nada, les dijo que les daba 400 euros si le quitaba la denuncia que le estaba arruinando la vida, sus abuelos no sabían nada y la llamaron, él ha ido a casa de sus abuelos a pesar de la orden, se ha puesto en repetidas ocasiones en contacto hasta el año pasado entre julio y noviembre del año pasado, alguna ocasión se le ha encontrado por el pueblo y le ha dado pánico a pesar de que sabe que no la puede hacer nada, no quiere que se acerque, la señora que se acercó, si no recuerda mal, estaban en una calle que se podía venir por todos los lados, ella vino por este lado, por la izquierda y se fue de frente camino del colegio, al parar se quedó mirando y siguió de largo pero se aflojó un poco y ella se soltó; estos hechos no pasaron exactamente en la CALLE000 de DIRECCION001 , fue en su urbanización en la calle de la farmacia, su calle era CALLE000 y esto ocurrió a treinta metros en el mismo parque, en el mismo centro, cuando fue a los médicos les dijo todas las molestias que tenía, sí les dijo lo de las muñecas, sí está en el informe, las muñecas se las vio, les dijo que eso estaba bien que las muñecas no le dolían, que lo que le dolía era la espalda la parte del cuello, estaba sorprendida que a esa hora no hubiera gente porque suele pasar mucha gente porque hay muchas urbanizaciones, por casualidad ese día solo pasó esa mujer en ese momento, duró unos diez minutos, en ese tiempo sólo pasó esa persona, por lo menos que viera ella, sólo pasó esa persona, no conocía de nada a Sara , solo de vista de pasar enfrente de su casa a dejar a su hijo al colegio donde iba su hermana, cree que sigue en el colegio, es más pequeña que su hermana, no la conocía de nada más, solo de vista de verla pasar por el pueblo, al día siguiente tuvieron un juicio rápido y sabía que todas las mañanas pasaba por enfrente de su casa para dejar a su hija en el colegio, ese día esperaron a que pasara la señora y la comentaron lo sucedido y les proporcionó sus datos, solía pasar sobre las 8:40, 8:50, más o menos, no sabían exactamente la hora pero estuvieron fuera desde pronto, esperaron como veinte minutos a que pasara, fue antes de las nueve más o menos, ocho cincuenta, su familia no la conocía de nada de antes, la señora pasó de donde estaban ellos como mucho estaba a dos metros cuando la vio, la señora la vio a ella, la testigo estaba en diagonal y pasó por su lado, por el lado de ambos, no pidió auxilio porque estaba en shock conmocionada con todo porque era una persona que la conocía de pequeña no sabía cómo reaccionar en ese momento, en soltarse tardó un minuto o así, estaba súper conmocionada con todo lo que había pasado, no sabía si ir a su casa, no sabía qué hacer porque estaba conmocionada, no sabía qué hacer, nada, siguió andando por instinto pero no sabía qué hacer, en ese tiempo no pidió auxilio porque la daba vergüenza, en ese momento si pensó que era vergonzoso, luego*



empezó a pensar, cinco minutos entre que fue a buscar a su hermana, no paró de llorar porque no sabía qué le había pasado por la cabeza porque con él tenía confianza por todos los años, y cuando llegó a casa lo contó a sus padres, fue a buscar a su hermana y volvió a su casa, no sabe que su abuela había pedido siete mil euros, sí tiene relación con su abuelo paterno, con la pareja de su abuelo, que tiene relación con la pareja de su abuela.

En definitiva, Eulalia en el juicio oral explicó detenidamente y con lujo de detalles la secuencia de los hechos y lo inesperado de la conducta del acusado al que conocía de años antes, la conversación mantenida, el primer saludo cruzado entre ambos, besándose en la cara, para luego cogerla con fuerza de las muñecas y la extrañeza que le supuso la proposición del acusado para quedar con ella entendiéndose en un primer momento que se refería a reunirse con sus padres, para a continuación el acusado besarla en el cuello y en la boca, cogerla por detrás como abrazada y palparla el culo, para después pasar por el lugar una mujer provocando que el acusado aflojara la energía utilizada para sujetar a la menor, aprovechando entonces ella para soltarse.

Este Tribunal, a diferencia de lo que sostuvo la defensa del acusado, pudo constatar la afectación emocional de Eulalia que en absoluto presentaba en el juicio oral una complexión corporal de envergadura como planteó la defensa del acusado, sino totalmente normal para su edad sin olvidar que han transcurrido casi tres años desde que ocurrieron estos hechos con la evolución física natural en una joven de esa edad.

En orden a la valoración de dicha prueba testifical, tiene en cuenta este Tribunal la doctrina constante emanada de la Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo acerca de los criterios o parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable así en posteriores instancias a la luz de las exigencias que representan los factores de razonabilidad valorativos que a continuación se expondrán.

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

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

2º) Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que robustezcan la veracidad de aquella declaración sobre la existencia del hecho.

3º) Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del procesado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (Sentencias del Tribunal Supremo 8-11-94, 11- 10-95 ; y 15-4-96).

Conviene recordar que esos criterios que la jurisprudencia ha proporcionado, referidos a la persistencia en la declaración incriminatoria, ausencia de motivaciones espurias en la declaración de la víctima y existencia, en la medida de lo posible, de corroboraciones al testimonio, son simplemente criterios, no reglas de valoración. Se trata de proporcionar al Tribunal que con intermediación ha percibido la prueba de carácter personal, más pautas de valoración en conciencia de la prueba practicada en el juicio oral por la existencia de reglas de valoración, como si de prueba tasada se tratara.

El primer parámetro de valoración es por tanto el de la credibilidad subjetiva del testimonio, que puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan o de la concurrencia 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 presente caso la víctima en la fecha de los hechos tenía quince años; acusado y víctima se conocían desde hace años y se habían visto en ocasiones dada la relación de amistad mantenida entre el acusado y su mujer con los abuelos de la menor; este Tribunal en absoluto apreció animosidad procedente de Eulalia , al contrario, al explicar la fuente de conocimiento y relación con el acusado transmitió que cuando era niña incluso iban a pedirle chuches; en fechas anteriores, próximas o lejanas, no se ha producido entre las partes acontecimiento alguno que pudiera influir en la calidad de la valoración con respecto a la persona del acusado, y por último, no se ha producido personación en esta causa en calidad de acusación particular y, por tanto no



se ha concretado petición indemnizatoria alguna, descartando por improbadamente la línea defensiva del acusado tendiente a acreditar pretensiones crematísticas extra proceso de la familia de la perjudicada.

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

- a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.
- b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.

Ciertamente a este respecto nos encontramos con el problema que con bastante frecuencia viene a darse en las infracciones del tipo de las enjuiciadas, pues los delitos contra la libertad sexual tiene normalmente naturaleza de "clandestinos" siendo harto difícil el que puedan existir testigos oculares de los hechos, a consecuencia de la ocultación que siempre se pretende y busca en su perpetración.

En el presente caso, la Sala entiende que la declaración inculpatoria de la perjudicada es totalmente verosímil tanto en los elementos principales como en los circunstanciales, la menor en el juicio oral ofreció un relato pausado con emoción controlada, creíble y coherente que viene corroborado por otras pruebas practicadas en el plenario, explicando de forma muy convincente las razones para no pedir auxilio durante estos hechos, se encontraba conmocionada, situación razonable ante lo inesperado de la conducta del acusado y teniendo en cuenta la edad que en esa fecha tenía la perjudicada, quince años, que sin duda tiene influencia en la forma de afrontar, en función de la edad y personalidad, un acontecimiento de estas características.

Por otro lado, concurren plurales elementos probatorios que corroboran y dan aún más fortaleza al relato de la víctima; y son la declaración del padre de la menor, a quien le relata, cuando regresa al domicilio, los hechos ocurridos con el acusado; también la testigo presencial de parte de los hechos sucedidos ofreció un testimonio absolutamente compatible con el emitido por la perjudicada, sin que a pesar de los esfuerzos, legítimos y lógicos de la defensa, se pudiera poner en cuestión la imparcialidad de esta testigo, cuya relación con la perjudicada y su familia, igual que con el acusado, era meramente de vecindad sin llegar a entablar ningún tipo de amistad; y también se ha dispuesto como elemento corroborador de la verosimilitud del relato de la víctima, la prueba pericial practicada en el plenario explicando la existencia de las lesiones descritas en el informe escrito emitido y la posible compatibilidad con un forcejeo y con una situación de tensión, además de la prueba documental obrante en los autos consistente en informe de dichas médicos forenses e informe del Centro de Salud de DIRECCION001 .

El tercer y último 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 la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima, lo que debe ser observado como la existencia 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" (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1.998); la existencia de concreción en la declaración, pues ha de efectuarse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, siendo destacable 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 y, por último; la ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

En el supuesto enjuiciado, en ningún momento se ha puesto de manifiesto contradicción alguna en el relato de la perjudicada denunciante, éste se ha mantenido invariable y persistente a lo largo del procedimiento.

Por todo ello, cabe concluir que la declaración de la víctima, en el caso presente, puede constituir, por sí sola, prueba de cargo suficiente a efectos enervatorios de la presunción de inocencia del acusado, no obstante lo cual, como se ha anticipado, se dispone de otras pruebas personales y documentales que respaldan absolutamente el testimonio de la perjudicada.

3º.-Declaraciones testificales

En el juicio oral el **padre** de la entonces **menor**, Fausto declaró que *cuando su hija vuelve a las dos y veinte o veinticinco o dos y media, entra mal y llorando, entro supermal, llorando con un ataque de ansiedad que no podía hablar, le preguntó qué había pasado y se lo contó y dijo que iban a la guardia civil para poner la denuncia; a este señor le conocían de toda la vida, desde los años que lleva aquí once años, es amigo de su madre y su pareja*



que son amigos en común, más de once o doce años que lleva aquí le conoce a él, su hija también le conocía, vivían enfrente de él, a diez o cinco metros, con él no habían hecho nada en común, la madre del declarante y su pareja sí en común con el acusado; a la testigo la localizan porque también iba a buscar al colegio de su niña y cuando su hija va a buscar a su hermana esa señora la vio, localizaron a la testigo porque vive como a cinco metros de su casa, la conoce de vista, cuando la localizó por la calle la preguntaron donde vivía, llevó a su hija al médico ese mismo día, el acusado iba a la casa de la pareja de su madre, por lo que recuerda, fue a decir que les daba 400 euros, que ellos pensaron qué le pasaba, ha seguido llamando, ha ido a casa de su madre a decir que estaba dispuesto a pagar y les dejó el teléfono del abogado para ponerse en contacto, no les ha pagado, no le han llamado, llamaron al abogado para saber qué es lo que él quería, fue con su hija a la declaración en el Juzgado de DIRECCION000 , a la testigo la pidieron los datos no sabe bien cuando, el declarante la intentó localizar, los guardias civiles dijeron que la habían localizado, el declarante sabe que era esa señora, la conoce de vista no personalmente, cuando dejaba a su hija en el colegio se cruzaban y sabía que vivía junto a él, su hija le dijo que era la vecina de al lado del pelo rizado que tenía una hija igual que su madre, y el declarante dijo que ya sabía quién era, habló con ella después, no recuerda ahora mismo, ha pasado tanto tiempo que no recuerda, está nervioso; la madre del declarante y su pareja que sepa no han ido a ver a este señor, sí sabe que este señor ha ido allá, acompañó a su hija estaba mal y era una menor, el relato de la denuncia lo redactó ella, el declarante estaba al lado, a ella le preguntaban y ella contestaba, en el Juzgado de Instrucción la declaración la hizo ella sola, entró ella sola.

A la vista de esta declaración, se confirma el estado de ansiedad y disgusto que presentaba la menor cuando regresó a su domicilio, actuando coherentemente el padre de la entonces menor acudiendo a las dependencias de la guardia civil para interponer denuncia asumiendo la representación legal de la menor, y también acudiendo a los servicios médicos de forma inmediata a la comisión de los hechos enjuiciados, con el resultado que más adelante se expondrá; en absoluto se puede apreciar ningún ánimo espurio en el testimonio del padre de la perjudicada, descartando cualquier motivación crematística que pudiera influenciar en el ánimo del progenitor para acompañar a su hija a denunciar estos hechos, siendo coincidentes padre y menor, en la negativa tajante de haberse dirigido terceros no llamados al juicio, para interesarse por beneficios económicos que pudiera reportarles el acusado a consecuencia de estos hechos.

La **testigo D^a**. Sara , explicó que ese día llegaba tarde al colegio y vio a un señor mayor abrazando a una niña de unos catorce años, le llamó la atención por la situación, la cara tan violenta que tenía la cría por la situación en que se encontraba, la declarante solo vio que la abrazaba, para su parecer fue de forma indecorosa, no era una forma de abrazar a una persona que conoces, la niña estaba incómoda, la declarante pasaba llegaba tarde y la vio, él estaba abrazado y no vio más, no vio cuando la niña se soltó, después son vecinos del mismo municipio, no se conocían, son vecinos, no se conocían de antes, la niña tenía la cara incómoda, sí estaba un poco asustada, declaró en el Juzgado de Instrucción, no se acuerda que dijera que ella trataba de soltarse, no sabe, no sabría decir, no cree, no recuerda, la testigo pasó más o menos como está de la Fiscal y ella no le dijo nada, la testigo venía de frente, el señor estaba de frente, la niña frente a él, y la niña de espaldas, no vio si la besaba a ella, a él no le conocía de antes, no le había visto nunca, la dicente no llevaba gafas ni lentillas, su hija y la hija de ellos van al mismo colegio pero no tenían amistad, les conoce de vista, ellos fueron a hablar con ella para ver si quería venir a esto de hoy, cree que fueron la misma mañana o tarde, ella bajaba de su casa y estaban en el portal, sabían en que portal vivía ella, lo supone, la testigo vivía en la esquina con la CALLE000 , ellos vinieron a pedirle si quería venir, fue la madre, el padre y la muchacha, la hora no la recuerda, la declarante salía de su casa, la hora depende, no trabajaba entonces no sabría decir, no tenía una hora fija, al señor solo le conocía de verse por el pueblo, cuando se acerca a los dos, la joven está de espaldas a la declarante porque ella pasó así, la cara de la muchacha estaba mirando al lado de ella, pasaba, por eso la vio la expresión de la cara, pasó por delante de ellos, la cara ella la tenía girada a un lado al lado por el que ella caminaba, les empieza a ver desde que dobla la esquina, no sabe los metros, cuando empieza a verlos salía de la esquina de su casa y ya se veía, unos ocho metros, durante ese recorrido les está viendo, ve el abrazo y no ve nada más, empieza a pensar que no es normal cuando ve la cara de la joven, la testigo iba con mucha prisa, iba a sus cosas, cruzó deprisa, no vio nada más, después se quedó extrañada pero continuó para adelante y no le preguntó nada, estaba quieta incómoda, quieta, por la postura de sus brazos lo deduce ella.

Por lo expuesto, también el relato de esta testigo fue percibido por este Tribunal como absolutamente imparcial, objetivo y ajustado a los hechos presenciados; la testigo no tenía relación de amistad con las partes, todos eran vecinos y se conocían de vista pero sin ningún lazo de cercanía que pudiera influir en el testimonio ofrecido; la testigo relató con absoluta naturalidad la forma en que los padres de la menor contactaron con ella, sin que en ningún momento se ofreciera algún elemento que pudiera dar lugar a pensar, se descarta, que se intentara influenciar en la versión de esta testigo; se insiste que la testigo ofreció un relato ajustado únicamente a lo que vio y percibió, el abrazo, según su parecer, indecoroso del acusado a la menor, y la situación de incomodidad de la menor, percibiendo que estaba violenta y un poco asustada, explicando también la razón



de no detenerse, iba con prisa a llevar a su hija al colegio y solo reparó en esa secuencia que no le pareció normal, se quedó extrañada.

En definitiva, no hay duda de la participación del acusado en los hechos declarados probados, de un lado por el reconocimiento del propio acusado del encuentro producido con Eulalia, y por la declaración de la perjudicada, de su padre y de la testigo presencial de parte de los hechos, manifestaciones que fueron sometidas a la intermediación y contradicción en el plenario.

La declaración prestada por el **hijo del acusado**, Salvador, no tuvo virtualidad suficiente para debilitar la fortaleza de las anteriores pruebas personales practicadas, dado que no presenció los hechos ni recibió en los primeros momentos el relato de la menor, ni tampoco presenció las invocadas por la defensa peticiones económicas de terceros, aunque en el juicio dijo que *vio a su padre, le fue a recoger al juzgado de DIRECCION000 y le preguntó qué había pasado explicando que había visto a una joven vecina que se dieron un par de besos de cortesía y que se había ido, le vio tranquilo con los nervios de haber estado detenido y no saber por qué, le dijo que él no había hecho nada, antes de esto su padre no había tenido ningún problema, nunca tuvieron problemas ni comportamientos ni noticias de comportamientos desviados de su padre, son cuatro hermanos con un comportamiento y educación normal, su padre no tiene ninguna denuncia, cree que la intención, por lo que le han dicho sus padres, es que familiares de la chica se presentaron en su casa pidiendo dinero a cambio de quitar la denuncia, que la abuela a la semana o poco más se presentó pidiendo dinero, cree que ese es el motivo, que esto lo sabe por el relato de sus padres no presenció ninguna de estas reclamaciones.*

4º.- Pericial médica.

Los **médicos forenses** se ratificaron en el informe pericial emitido rectificando la fecha equivocada que es del 24 de noviembre; explicaron que *la contractura puede producirse por un forcejeo, y en cuanto a la fuerza empleada es necesario que sea importante, una fuerza leve no causa contractura, la contractura según el informe del médico ya se veía, las declarantes la ven al día siguiente y ven que es localizada y muy pequeña; una contractura aparece casi inmediatamente después del mecanismo que la produce y empieza progresivamente durante unas horas después de la agresión pero los síntomas a veces se producen al día siguiente si es una persona sometida a estrés como dice el médico de DIRECCION001 que señala que está nerviosa, que tiene ansiedad y está sometida a estrés, a las pocas horas ya aparece la contractura puede ser a las tres, cuatro o cinco horas, la contractura que diagnostican es muy leve, la tensión la produce el estrés y ya la localiza el médico del centro de salud, con la medicación es normal que la contractura en el cuello se relaje, la situación de estrés es lo que ha producido la tensión, si se ha relajado con las horas y con la medicación es posible que la contractura baje, la chica sí tenía que estar cogida por el cuello, si la cogen por las muñecas puede presentarse esa contractura dependiendo de la intensidad deja lesiones o no, según el informe médico lesiones no se producen lo que no significa que no se produjera el agarramiento, hay gente que con un puñetazo tiene hematomas y los hay que no, desde el punto de vista de las lesiones, no hubo lesiones en la muñeca no hubo agarrón de las muñecas.*

Además de la anterior prueba pericial consta el informe emitido por estas peritos forenses a los folios 29 y 30 en el que se hacen constar las lesiones evidenciadas, según informe del Centro de Salud de DIRECCION001 DIRECCION002 emitido el 23.11.2015: nerviosa y con crisis de ansiedad, presenta dolor a la palpación musculatura paravertebral cervical, especialmente en la parte izquierda, y según la exploración realizada por las peritos que declararon en el juicio, en ese momento, al día siguiente de los hechos, apreciaron una pequeña contractura cervical izquierda, pautando tratamiento ansiolítico, y concluyendo que para la curación de estas lesiones fue precisa una asistencia facultativa, tardando en curar tres días sin ningún día impeditivo de las ocupaciones habituales y sin secuelas.

También al folio 17 de las actuaciones consta el informe emitido en el Centro de Salud de DIRECCION001 DIRECCION002, el día 23.11.2015 el mismo día que ocurrieron estos hechos, en el que se hace constar tras el relato que se recibe de la paciente, que al intentar retirarse se ha hecho daño en el cuello, viene muy nerviosa y con crisis de ansiedad, a la exploración física presenta dolor a la palpación musculatura paravertebral cervical especialmente en la parte izquierda, no apofisalgias, no se observan lesiones.

Por tanto, la prueba pericial practicada en el plenario, y la prueba documental disponible no impugnada por las partes, acreditan el estado de ansiedad de la entonces menor, y la leve contractura que presentaba en el cuello, fruto de los momentos de tensión vividos y de la postura forzada de la menor ante la fuerte sujeción del acusado para conseguir proximidad para besarla en el cuello y en la boca, y palparla en el culo, prueba pericial y documental que corroboran el relato de la menor en cuanto a la reacción de ésta y las maniobras del acusado sujetando con fuerza a la menor para besarla en el cuello y la boca, y también tocarle las nalgas, situación que en términos de lógica provocó la postura tensionada de la menor con repercusión en el cuello; la falta de rastro físico de lesiones en las muñecas, en absoluto debilitan el testimonio de la menor, máxime



cuando las peritos explicaron con claridad que la aparición de señales dependería de la intensidad de la acción y de la idiosincrasia de cada persona.

IV.- FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Por todo lo expuesto, y como conclusión de la valoración probatoria realizada, este Tribunal ha llegado a la convicción de que el acusado besó en el cuello y en la boca a la menor mientras la tenía agarrada y también la tocó las nalgas, empleando para ello fuerza en las muñecas sin que la menor pudiera desasirse ni repeler ese inesperado ataque debido a la fuerte sujeción ejercida por el acusado y al bloqueo emocional sufrido, aunque aprovechando la proximidad de una vecina y el aflojamiento en dicha presión por parte del acusado, logró zafarse de él, hechos que integran el delito de agresión sexual a menor de dieciséis años del artículo 183.2 del Código Penal en la redacción ofrecida en la fecha de los hechos.

En lo que afecta al tipo delictivo previsto en el Código Penal relativo a la libertad e indemnidad sexuales del artículo 183 del Código Penal, conforme a la doctrina sentada en la STS 197/2005 de 15.2, dicho delito se define como la realización de actos atentatorios a la libertad sexual de otra persona, en este caso con violencia y sin el consentimiento de esta última. El tipo básico viene caracterizado por la jurisprudencia por la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significativo sexual, en principio sin que represente acceso carnal.

b) Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuricidad la conducta y que se expresa en el clásico "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción sexual, evidenciándose la existencia del tipo subjetivo que "exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica a su vez la conciencia de afectación del bien jurídico, tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Ello sin perjuicio de que este aspecto venga acreditado cuando de los hechos resulte la concurrencia de aquél ánimo, pues de ser así, el conocimiento antes mencionado será evidente", (STS Sala 2ª de 8 junio 2007).

No obstante, sobre el elemento del ánimo o dolo inherente a este delito, la STS de 22 de Junio de 2016, reiterando la de 10 de Diciembre 2014, nos recuerda que "la doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituya un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción". Dicho de otro modo, y resulta importante para excluir las otras tres últimas conductas reprochadas al acusado, "el móvil no forma parte del tipo penal, solo forma parte del tipo el que la acción objetivamente analizada evidencie con claridad, y más allá de toda duda razonable, un ataque a la libertad e indemnidad sexual de la menor".

Esta figura delictiva es el mayor atentado a la libertad individual y sexual del individuo, junto a la minoría de edad establecida legalmente, por cuanto ataca al libre albedrío o la libre voluntad sexual del sujeto pasivo del delito y requiere el empleo de fuerza física o de intimidación con la finalidad de superar la resistencia de la víctima en la ejecución por el autor de un acto de contenido sexual que atenta a su libertad de autodeterminación o a su indemnidad en ese ámbito. No es precisa una resistencia hasta el extremo de poner en riesgo la integridad física, aunque sí lo es que la negativa de la víctima sea manifiesta, de manera que pueda ser percibida por el autor, y que sea proporcionada a las circunstancias (Sentencia del Tribunal Supremo 143/2009, de 17 de Febrero). Así, basta con la negativa a mantener una relación sexual, para que si se emplea la fuerza o la intimidación contra el que se ha negado, se cometa este hecho delictivo. La forma comitiva de estos delitos, no sólo supone el empleo de una vis física o fuerza reductora del sujeto pasivo, sino también, el empleo de la intimidación. Esta debe ser suficiente como para que la situación disminuya la capacidad de reacción de la víctima, que se sienta doblegada e incapaz, por la angustia, terror o miedo, de oponerse a ese ataque contra su libertad. Basta con que la situación esté dominada por el acusado para que sea apreciable esa violencia o intimidación que precisa esta figura delictiva, siendo a su vez idónea al ser ex ante, y para un observador imparcial, verosímil y grave, es decir, susceptible de producir constreñimiento psíquico de forma inmediata.

Además, la Sentencia 584/2007 de 27 Junio de 2007, Recurso 1937/2006 nos dice que según la doctrina de esta Sala, por violencia debe entenderse el acometimiento, coacción o imposición material, que implica una agresión real más o menos violenta sobre la víctima (véase STS de 17 de julio de 2.000, entre otras) dirigida a vencer y doblegar por el ejercicio de la fuerza física la oposición y resistencia de la víctima. La intimidación supone el empleo de cualquier forma de coacción, uso de "vis compulsiva" o "vis psychica",



amedrantamiento o amenaza que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio de un mal grave, racionalmente creíble, e inminente, con capacidad por ello de afectar los resortes defensivos de la víctima cuya capacidad volitiva es perturbada, acentuada y seriamente (sentencias de 20 de Marzo de 1.990 , 2 de Diciembre de 1.991, 2 de Julio de 1.993 y 15 de Septiembre de 1.994).

Y el Auto 128/2010 de 4 de Febrero de 2010, Rec. 1621/2009, afirma que la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo es diáfana, reiterada y pacífica, al declarar que por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima. (STS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril y 21 de mayo de 1998, y Sentencia 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos ha de ser idónea para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas".

En el mismo sentido los Autos del Tribunal Supremo 1474/2014 de 18 de Septiembre de 2014, Recurso 10305/2014, y 2088/2007, de 22 Noviembre de 2007, Recurso 10295/2007.

En el caso que nos afecta el acusado realiza un acto de fuerza, como es sujetar con fuerza por las muñecas a la menor reteniéndola e impidiendo a ésta desasirse del mismo, para contra su voluntad besarla en el cuello y en la boca y tocarle las nalgas, dato objetivo que revela la existencia de la clara intención sexual tendente a satisfacer sus deseos por la fuerza y que implica la agravación que prevé el Código Penal en el párrafo segundo del citado artículo 183, al constituir los hechos un delito de Agresión Sexual.

SEGUNDO.- Por el Ministerio Fiscal se interesa la aplicación del artículo 183.4.d) del Código Penal al entender que el acusado aprovechó una situación de superioridad para ejecutar el hecho.

A estos efectos, hay que señalar que en el artículo 183.4.d) se agrava la pena cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad para la ejecución del delito, supuesto que presenta diferencias sustanciales con el previsto en el artículo 181.3, en el que también se contempla un prevalimiento, aunque en esta ocasión dirigido a obtener el consentimiento de la víctima, al aprovechar el autor una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de aquella. En el primer caso, el sujeto se aprovecha de una relación de superioridad que le facilita la comisión del delito, facilitación que no opera sobre la base de obtener el consentimiento de la víctima, que siendo menor de trece años nunca podría considerarse válido, sino en atención a las circunstancias que esa relación de superioridad trae consigo.

En este sentido, en la STS nº 739/2015, de 20 de noviembre, se señalaba, en relación al artículo 183.4.d), que "el prevalimiento o abuso de superioridad se refiere a la ejecución del hecho y no al consentimiento de la víctima". De la misma forma, la STS nº 957/2013, de 17 de diciembre, en la que, ya en relación con la redacción del precepto tras la reforma de la LO 5/2010, se decía que "Esta circunstancia exige una cierta preeminencia del autor sobre la víctima y que esta ventaja haya sido utilizada o aprovechada por el autor para realizar el acto objeto de imputación".

Ahora bien, como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo 287/2018, de 14 de junio, es cierto como señala la sentencia recurrida, con cita STS 48/2017 de 2.2, que " incurrir en un prohibido bis in idem no podemos tomar en consideración la agravación determinada por la edad. Si el tipo entonces vigente exigía una edad inferior a los trece años (hoy, dieciséis) y la menor tenía doce años, concluiríamos que siempre habría abuso de superioridad pues el autor siempre será un joven o un adulto (al menos de dieciocho años). A mayor abundamiento, cuando el Código quiere establecer una edad por debajo de la cual ha de jugar necesariamente esa agravación fija la de cuatro años (art. 183 4 a). La superioridad derivada de la diferencia de edad entre una menor con 12 años y un adulto es inherente al tipo. Sería una exégesis tramposa rescatar por la vía del art. 183.4 d) la agravación



basada en la edad que hemos desechado al examinar el art. 183.4 a). Las graves penas que maneja el precepto invitan de otra parte a una interpretación restrictiva".

Para desentrañar lo que se recoge en tal plural agravación, puede resultar un referente la STS 69/2014, de 3 de febrero de la que tomamos prestadas las consideraciones que siguen. El art. 183.4 d) exige un prevalimiento que puede apoyarse en dos factores diferentes: una relación de superioridad o el parentesco. Como han subrayado los comentaristas no es que la superioridad tenga que apoyarse en el parentesco. La conjunción disyuntiva "o" que une ambas ideas lo pone de manifiesto. Concurrirán los presupuestos de la agravante cuando haya un prevalimiento que puede basarse bien en el parentesco, bien en una relación de superioridad.

En el caso presente, en primer lugar, en el relato de hechos del escrito de conclusiones elevadas a definitivas en el plenario por parte del Ministerio Fiscal se detalla que el acusado, nacido el NUM000 mayo de 1951 (en realidad en 1941) se encontró a la menor en cuanto nacida en fecha NUM002 .2000, 15 años en ese momento, quien se dirigía a recoger a su hermana pequeña en el colegio, el procesado era amigo de la familia desde hacía tiempo y al saludar a la menor y detenerse, ella también lo hizo, comenzando el acusado, aprovechándose de dicha situación, una conversación...; es decir, aparte de la cita de la edad de acusado y menor, la situación de prevalimiento que se describe en este relato de hechos, estaría vinculada a que el procesado era amigo de la familia desde hacía tiempo y a que al saludar a la menor y detenerse ella aprovechó esta situación, es decir, a la relación de amistad familiar y al hecho de detenerse por esta razón la menor.

Este Tribunal no aprecia en ese relato de hechos el prevalimiento exigido por la jurisprudencia citada, ya que no puede asimilarse la relación de amistad mantenida con los abuelos de la entonces menor al abuso de superioridad mencionado, exclusivamente se habría aprovechado de esa relación de amistad con la familia para lograr que la menor se detuviera para saludar pero no para ejecutar el hecho en sí; de otra parte, como se ha dicho, porque la utilización de la fuerza física desplegada por el acusado se encuentra inherente al propio tipo penal, puesto que el sujeto ha empleado violencia para obtener su propósito de satisfacer sus apetencias sexuales y el único desequilibrio vendría determinado por el hecho del conocimiento previo entre ambos y la diferencia de edad, que debe descartarse tal y como se ha explicado para no incurrir en el prohibido bis in ídem, diferencia sustancial de edad que, por las pruebas practicadas, lo que produjo fue una inhibición de la menor para mostrar su desacuerdo de forma más enérgica o reaccionar más enérgicamente, pero desde la perspectiva de ejecución del hecho no añade el plus de prevalimiento por superioridad al tipo del 183.2 que ya exige violencia o intimidación

TERCERO.- Del mencionado delito de agresión sexual a menor de dieciséis años, resulta criminalmente responsable en concepto de autor del artículo 28 del Código Penal, el acusado Ezequiel, por su participación directa, material y voluntaria en los hechos declarados probados.

CUARTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Por la defensa se planteó la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, tanto en períodos parciales como por el tiempo total en la tramitación del procedimiento sin que sea atribuible al propio acusado sin que concurra complejidad alguna en esta causa, invocando también la circunstancia atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, al haber consignado en este Tribunal en fecha 19 de septiembre de 2018 la cantidad de 2.150 euros para cubrir las responsabilidades civiles que pudieran corresponder a tenor de la solicitud fijada por el Ministerio Fiscal

En relación a la circunstancia atenuante de reparación del daño, contemplada en el artículo 21.5 del Código Penal, este Tribunal no aprecia esta atenuación; hay que señalar que la misma es concebida como vinculada a consideraciones de política criminal y de protección de las víctimas a través de la estimulación de la reparación del daño que se les ha causado o la disminución de sus efectos mediante una conducta que ha de orientarse en cualquiera de esas dos direcciones; este diseño legislativo elimina la exigencia de reparación integral del daño causado, pero no ha abandonado la necesidad de una reparación realmente efectiva y proporcionada a la capacidad del sujeto activo del delito, pues de no ser así, la precisión normativa habilitaría conductas espurias con las que, sólo con una actuación formal, condicionada y fragmentaria, permitirían la consecución de los beneficios atenuatorios que la circunstancia comporta, eludiendo así la eficaz restauración del orden jurídico perturbado, pese a ser mayores las posibilidades reparadoras del culpable.

En el caso presente se consignó por el letrado de la parte acusada el 19 de septiembre de 2018 la cantidad de 2.150 euros; el escrito de acusación está fechado el 2 de abril de 2018 y por diligencia de 16 de abril de 2018 se tuvo por evacuado este trámite con traslado a la defensa del acusado; en este escrito de conclusiones provisionales se interesa indemnización de 150 euros por las lesiones y 2.000 euros por daños morales; por otra parte, el informe médico forense donde se señalan los días de curación sin impedimento para las ocupaciones habituales, está emitido en fecha 24 de noviembre de 2015, en los términos que constan en



los hechos declarados probados; por tanto, esta consignación considera el Tribunal que es más simbólica que efectiva atendiendo a la cuantía señalada, máxime teniendo en cuenta la disponibilidad económica del acusado, que es pensionista y tiene designado procurador y abogado particulares.

Por último, abordando la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, hay que señalar que de conformidad con la reciente STS 496/16 de 9 de junio, en que se realiza un análisis de la jurisprudencia dictada al respecto de esta atenuante de dilaciones indebidas, hay que distinguir dos aspectos que resultan relevantes para la resolución del presente caso: uno es el propio concepto de la dilación indebida y otro, y en aras del fundamento último de la circunstancia invocada, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Y ello porque la incorporación como nueva atenuante en el art. 21.6^a las de las dilaciones indebidas en la reforma del C. Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, al establecer "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa", coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

"La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable" (...). En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante."

Por lo expuesto, ciertamente tal y como decíamos junto a la dilación, debe valorarse el derecho a ser juzgado y, en particular por lo que al ámbito penal se refiere, el derecho a que se resuelva la pretensión acusatoria de condena en un plazo razonable, pues la amenaza del ius puniendi no puede prolongarse indefinidamente ni la condena resulta pertinente cuando es tardía. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Pues bien, dice el Tribunal Supremo en la sentencia citada, que "en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que pone fin a la causa (SSTEDH de 17 de diciembre de 2004, caso Pedersen y Baadsagaard c. Dinamarca ; 13 de noviembre de 2008, caso Ommer c. Alemania ; y 11 de febrero de 2010, caso Malet c. Francia ; y SSTS 106/2009, de 4-2 ; 326/2012, de 26-4 ; 440/2012, de 25-5 ; y 70/2013, de 21-1).

En cuanto a las causas del retraso a ponderar para la aplicación de la atenuante, la jurisprudencia ha señalado que "ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida" (SSTS 1086/2007; 912/2010; y 1264/2011, entre otras; STEDH 20-3-2012, caso Serrano Contreras c. España).

Por último, para su aplicación como muy cualificada, la jurisprudencia viene señalando las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); 37/2013, de 30 de enero (ocho años).

Ahora bien, en supuestos de procesos cuya duración no alcance los siete años también cabe la aplicación de la atenuante como muy cualificada cuando se compruebe que concurren varias paralizaciones de la causa alguna de las cuales superó el tiempo de un año. Y así, en la sentencia 658/2005, de 20 de mayo, aunque el periodo de duración del proceso en la primera instancia no alcanzó los cinco años, se apreció la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada debido a que la causa estuvo paralizada en exceso en la Audiencia Provincial, transcurriendo casi tres años entre la fecha de remisión y la celebración del juicio. Siguiendo la misma pauta interpretativa, en la sentencia 630/2007, de 6 de julio, se estimó que una paralización de casi cuatro años en la fase de juicio oral se hacía acreedora a la aplicación de la atenuante como muy cualificada



aunque la duración total del procedimiento no fuera especialmente extraordinaria. Y en la sentencia 484/2012, de 12 de junio, en una causa con un periodo total de tramitación que no alcanzó los seis años, se estimó que la existencia de varios periodos de paralización, uno de ellos superior a un año, justificaba la aplicación de la atenuante como muy cualificada.

La atenuación analógica contenida en el actual artículo 21.7 CP precisa, para su apreciación, un significado análogo a alguna de las previstas expresamente en el Código Penal en el plano del injusto o de la culpabilidad. En este sentido, sabido es que la culpabilidad es una entidad graduable y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que la denominada atenuante de dilaciones indebidas supone una compensación parcial de la culpabilidad por el hecho cometido, compensación que se anuda al mal causado por una duración excesiva del proceso penal.

En el caso presente, y a los efectos discutidos, los hechos enjuiciados se producen el día 23 de noviembre de 2015 y las diligencias previas 1579/2015 se incoan por auto de 24 de noviembre de 2015; por auto de 9 de diciembre de 2015 se acuerda la continuación de las diligencias previas por las normas del procedimiento abreviado; por escritos fechados los días 17 y 21 de diciembre de 2015, la defensa del investigado solicita el sobreseimiento libre y archivo del procedimiento e interpone, respectivamente, recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el anterior auto de 9.12.2015 y previa la tramitación correspondiente, por auto de 19.2.2016 se desestima la petición de sobreseimiento y el recurso de reforma interpuesto y previa la tramitación correspondiente por auto de 6 de junio de 2016 la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el subsidiario recurso de apelación interpuesto; posteriormente se tramitó recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal en fecha 13 de septiembre de 2016 contra el auto de 9.12.2015 en el que solicitaba la transformación del procedimiento abreviado en sumario, recurso que fue impugnado por el investigado por escrito de fecha 16.11.2016, recayendo auto de 17 de abril de 2017 que desestimaba el recurso de reforma interpuesto, si bien luego el Ministerio Fiscal en fecha 25 de mayo de 2017 instó la nulidad del auto de 9.12.2015 dada la inadecuación del procedimiento, nulidad a la que se opuso la defensa del investigado por escrito fechado el 23.6.2017, dando respuesta el juzgado por auto de 23.10.2017 estimando la nulidad parcial del procedimiento a partir del auto de 9 de diciembre de 2015 acordando en resolución aparte también de fecha 23.10.2017 la transformación de las actuaciones seguidas como diligencias previas en sumario ordinario y dictando auto de procesamiento en fecha 16 de noviembre de 2017, declarando concluso el sumario por auto de 19 de enero de 2018; las actuaciones se recibieron en esta Audiencia Provincial en fecha 25 de enero de 2018 y previa la tramitación correspondiente recayó auto de 12.3.2018 confirmando el auto de conclusión del sumario declarando la apertura del juicio oral; tras la presentación de los correspondientes escritos de conclusiones provisionales, el 18 de mayo de 2018 fueron declaradas pertinentes las pruebas y se señaló el juicio oral para el día 1 de octubre de 2018.

Por tanto, la duración total del procedimiento ha sido inferior a tres años, y la única tramitación que ha provocado una extensión indebida del procedimiento fue la tendente a determinar el cauce procedimental a seguir, bien diligencias previas del procedimiento abreviado o sumario ordinario, tramitándose recurso de reforma y petición de nulidad del Ministerio Fiscal, con favorable final acogida, cuestión procesal que tuvo una duración de más de un año, aunque obviamente en este tiempo se tramitaron el mencionado recurso de reforma y la petición de nulidad promovidos por el Ministerio Fiscal; en esta tesitura, este Tribunal considera que este período de mayor extensión temporal del proceso, carente por otra parte de complejidad técnica, debe tener una interpretación favorable a su consideración como circunstancia atenuante analógica.

QUINTO.- De la aplicación de la pena

El artículo 183.2 del Código Penal contempla para el delito de agresión sexual a menor de dieciséis años empleando violencia o intimidación, una pena de cinco a diez años de prisión; al haberse apreciado la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, en atención a lo dispuesto en el artículo 66.1.1ª del mismo texto, esta pena debe aplicarse en la mitad inferior de la fijada por la ley para el delito; en el caso presente, procede imponer al acusado, por el delito referido la pena en su grado mínimo situada en cinco años de prisión, dado que no existen razones para exasperar el reproche punitivo; además, la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal.

El número 1 del artículo 57 del Código Penal dispone que "los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.



No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea".

Los tres primeros números del artículo 48 del Código Penal disponen:

"1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena".

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

En el delito de agresión sexual la adopción de dicha pena accesoria encuentra su justificación precisamente en la necesidad de protección de la víctima y de determinados bienes jurídicos de esta, como son la tranquilidad y el sosiego, que podrían verse comprometidos con el acercamiento y comunicación del acusado.

En el presente caso, considerando la entidad de los hechos, con el lógico impacto y afectación que han provocado en la víctima, procede acordar la medida interesada, prohibiendo a Ezequiel cualquier tipo de comunicación o el acercamiento a menos de quinientos metros de Eulalia, a su domicilio, lugar de trabajo o estudios o lugar frecuentado por ella durante un plazo total de seis años.

En atención al artículo 192 del Código Penal en relación con el artículo 106.1.e), f) y j) del citado Código, procede imponer la medida de libertad vigilada por tiempo de un año consistente en prohibición de cualquier tipo de comunicación o el acercamiento a menos de quinientos metros de Eulalia, a su domicilio, lugar de trabajo o estudios o lugar frecuentado por ella y la obligación de participar en programas de educación sexual.

SEXO.- El título V Libro I del Código Penal (artículos 109 a 122) establece los criterios que han de seguirse para establecer la responsabilidad civil que ordinariamente se deriva de la comisión de infracciones penales. El principio general se establece en el artículo 109 en el que se dispone que "la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados".

El Ministerio Fiscal solicita indemnización para la ofendida tanto por las lesiones físicas -150 euros- como por los daños morales causados -2000 euros-; en el caso examinado, la médico forense en informe de fecha 24 de noviembre de 2015, ratificado en el juicio oral, contempló un total de tres días para alcanzar la curación sin impedimento para las ocupaciones habituales; por tanto ha de diferenciarse las lesiones físicas y los daños morales, pareciendo totalmente ajustada la cifra de 150 euros para compensar las lesiones físicas padecidas por la víctima.

Por otro lado, también deben compensarse los daños morales quedando a la prudente discrecionalidad del Tribunal la fijación del "quantum" indemnizatorio cuando se trata de daños o perjuicios de índole moral que no tienen una exacta traducción económica. En el supuesto de autos se apreció en la perjudicada ya con ocasión de la primera asistencia médica prestada en el Centro de Salud de DIRECCION001, que estaba nerviosa y presentaba crisis de ansiedad, sin olvidar que el daño moral se infiere inequívocamente de los hechos que se han declarado probados, y en este último supuesto, se trata de un concepto que acoge expansivamente el "precio del dolor", esto es, el sufrimiento, el pesar, la amargura y la tristeza que una agresión como la de autos origina a quien la sufre. Los daños resultan acreditados porque fluyen lógicamente del suceso acogido como hecho probado, de la acción criminal dolosa de autos que comporta un claro plus de perversidad, con la consiguiente acentuación del daño moral en quien la padece. Por ello consideramos proporcionado y ajustado reconocer la suma en tal concepto en cuantía de 2000 euros que en absoluto es desmesurada o desproporcionada a la entidad del suceso sufrido por la entonces menor de edad.

Las cantidades expresadas devengarán el interés legal establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago.

SÉPTIMO.- Conforme al artículo 123 del Código Penal, las costas se imponen al responsable criminalmente del delito.



Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey

FALLAMOS

Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** a Ezequiel , cuyos datos de filiación constan, como responsable en concepto de autor de un delito de agresión sexual con violencia a menor de dieciséis años, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a la pena de **CINCO AÑOS DE PRISION**, con accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de las costas del juicio.

Se **prohíbe** a Ezequiel cualquier tipo de comunicación o el acercamiento a menos de quinientos metros de Eulalia , a su domicilio, lugar de trabajo o estudios o lugar frecuentado por ella durante un plazo total de seis años, imponiendo además, la medida de **libertad vigilada** por tiempo de un año consistente en prohibición de cualquier tipo de comunicación o el acercamiento a menos de quinientos metros de Eulalia , a su domicilio, lugar de trabajo o estudios o lugar frecuentado por ella y la obligación de participar en programas de educación sexual.

En concepto de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a Eulalia , en la cantidad de 150 euros por las lesiones y en la cantidad de 2000 euros en concepto de daños morales, cantidades que devengarán el interés legal establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago.

Para el cumplimiento de la pena se le abonará todo el tiempo de detención policial sufrida por esta causa, si no se le hubiera aplicado a otra.

Contra esta sentencia cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** del que conocerá la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que deberá ser interpuesto ante esta Audiencia en el plazo de **DIEZ DÍAS HÁBILES** a contar desde el siguiente a su notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

P **UBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, estando celebrando audiencia pública. Doy

E) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que 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.