



Roj: **SAP M 13418/2018 - ECLI: ES:APM:2018:13418**

Id Cendoj: **28079370022018100655**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **27/09/2018**

Nº de Recurso: **891/2015**

Nº de Resolución: **676/2018**

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

Ponente: **CARIDAD HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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.: 28.079.00.1-2015/0016291

Procedimiento sumario ordinario 891/2015

Delito: Agresiones sexuales

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid

Procedimiento Origen: Sumario (Proc.Ordinario) 6/2014

SENTENCIA N° 676/2018

ILMAS/O. SRAS/SR. MAGISTRADAS/O

DÑA. MARIA DEL ROSARIO ESTEBAN MEILAN

D. EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

DÑA. CARIDAD HERNANDEZ GARCIA (Ponente)

En Madrid, a veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial el Procedimiento Ordinario nº6/2014 procedente del Juzgado de Instrucción nº 43 de Madrid, seguido por delito contra la libertad e indemnidad sexuales, en el que aparece como acusado D. Santos , nacido en Quito (Ecuador) el día NUM000 de 1989, hijo de Severino y de Noemi , con NIE nº NUM001 , de ignorada solvencia y sin antecedentes penales.

El juicio se celebró los días 14 y 15 de marzo de 2017, interviniendo: como acusación pública, el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Fidel Solera Guijarro; como acusación particular la Procuradora Dª. Inmaculada Osset Pérez-Olagüe, en nombre y representación de Dª. Carina , en representación de su hija menor de edad Dª. Tania , asistida de la Letrada Dª. Sara Moreno Ortega y el acusado ya reseñado, representado por la Procuradora Dª. Inmaculada Mozos Serna y defendido por el Letrado D. Pedro Eugenio de Mendizábal Ibergallartu; siendo Ponente de la presente resolución la Ilma. Sra. Magistrada Dª. CARIDAD HERNANDEZ GARCIA.

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 13 años previsto en el artículo 183.1 y 3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición de la pena de nueve años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y costas, así como accesoria, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 57.1 y 48.2 y 3 del Código Penal, la prohibición de aproximarse a menos de ciento cincuenta metros a la menor Tania ., y/o de comunicarse con ella por cualquier medio durante diez años, con imposición de costas.

Por la acusación particular, en trámite de conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de trece años con acceso carnal previsto y penado en el artículo 183.1. 3 y 4 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad prevista en el artículo 22.2 del Código Penal; se solicita la pena de doce años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y a que en concepto de responsabilidad civil se indemnice a la menor en la suma de 204,30 euros por los cinco días en que tardó en curar de las lesiones causadas y 1.500 euros en concepto de daño moral.

SEGUNDO.- La defensa del acusado, en igual trámite, mostró su disconformidad con las conclusiones del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, solicitando la libre absolución de su patrocinado y alternativamente que los hechos no son constitutivos de delito por la concurrencia de error, vencible o invencible, excluyente del dolo.

TERCERO.- En virtud de recurso de casación interpuesto, con fecha 25 de julio de 2018 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha dictado sentencia en cuya parte dispositiva, estimando el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por esta Sección el día 29 de marzo de 2017, se acuerda decretar su nulidad retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado.

II. HECHOS PROBADOS

Ha resultado probado y así se declara que el acusado **Santos** , mayor de edad, sin antecedentes penales, nacido en Quito (Ecuador) el día NUM000 de 1989, hijo de Severino y de Noemi , con NIE nº NUM001 , el día 15 de agosto de 2014, en torno a las 15 horas en el parque de DIRECCION000 de Madrid, se encontraba paseando a un perro, momento en el que se le acerca Tania ., de once años de edad, que también llevaba un perro y entablan conversación para minutos después buscar un sitio propicio donde, ambos de mutuo acuerdo y con la conformidad de la menor, mantuvieron relaciones sexuales consistentes en realizar la menor una felación al acusado y éste introducir algunos dedos en la vagina de la menor, produciéndose sangrado a raíz de este tacto digital, sin que haya quedado acreditado que en el curso de dichos contactos sexuales, el acusado introdujera el pene en la vagina de la menor.

Tania . fue examinada pocas horas después en el Hospital Universitario DIRECCION001 de Madrid, donde se le apreció escoriación en horquilla posterior de introito vaginal, himen impresionado íntegro, sin hematomas visibles, y practicada prueba de ADN respecto de las muestras vaginales tomadas a la menor, no se evidenció la presencia de espermatozoides ni ningún perfil genético de varón.

No se ha probado que el acusado de veinticinco años en la fecha de los hechos conociera la edad de Tania ., dada la naturalidad en la forma de actuar y la apariencia externa de la misma, no pensó que ésta pudiera tener menos de trece años, no planteándose en ningún momento, dada la rapidez con que sucedieron los hechos, averiguar la edad de Tania ., a la que no conocía anteriormente.

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 la menor Tania ., la declaración del hermano y padres de la menor, el testimonio de siete funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, el testimonio de una Psicóloga, y de tres pruebas periciales médicas, 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 *no tenía perro aunque paseaba perros por dinero sin que hubiera ningún perro llamado Pirata , que no mantuvo relaciones sexuales en el parque de DIRECCION000 , y advertido sobre las declaraciones prestadas durante la fase de instrucción, explicó que delante de los jueces lo que reconoció es haberse enrollado con una persona pero no reconoció haber mantenido relación sexual, si se enrolló y besó con una chica en ese parque, y puesta de manifiesto una posible contradicción con lo declarado en el sumario, explicó que contestó de una forma general, pero no que hubiese sucedido ese día en el parque, que estaba muy nervioso porque nunca le habían detenido, que no introdujo sus dedos en la vagina de la joven; que esa chica paseaba por allí, no le preguntó ni el nombre y ella se acercó a él y le preguntó por su nombre y*



le dijo que era más guapo que su novio y le pidió que se enrollara con ella y lo hizo, y se percató que ella tenía la regla, le dio asco y le dijo que se apartara, pidió perdón, había consumido mucha marihuana, no recuerda si ella iba con mascota, cree que le dijo que tenía 19 años pero él la dijo que le echaba 17 años, no llegó a quitarle el pantalón; también fue preguntado por su contradicción sobre la edad en comparación con lo declarado en la fase de instrucción, contestando que no lo recordaba pero que sería por los nervios, que está pasando un calvario, durante los siguientes días no dejó de ir al mismo parque, que ha conocido la identidad de la víctima después de que su abogado le mostrara una fotografía que había conseguido en el juzgado, no la había visto en su vida, que en el momento de la detención estaba solo .

A la vista de esta declaración y habiéndose cumplido en el caso presente, los requisitos exigidos en el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto que le fueron puestas de manifiesto al acusado las contradicciones existentes entre lo manifestado en el plenario y lo manifestado en sus dos declaraciones durante la instrucción del sumario, en lo referente al alcance de las relaciones mantenidas con la menor y sobre su edad, este tribunal se decanta por valorar como más creíble y susceptible de constituir prueba de cargo, las declaraciones que prestó en el sumario los días 23 de agosto de 2014 y 2 de febrero de 2015 (indagatoria) de un lado por su mayor proximidad temporal al día de los hechos y porque de su mera lectura no se deduce lo que en el juicio ha planteado el acusado, que entonces se le formularan preguntas genéricas, por el contrario las preguntas o respuestas fueron bien claras en estas dos cuestiones (alcance de la relación y posible edad de la menor):

Declaración de 23.8.2014: "tendría quince o dieciséis años, de ninguna manera podía pensar que tuviera once años" "ella le ofreció hacerle una felación, a lo que el declarante no se negó, ella se la hizo, ella le introdujo su pene en la boca, el declarante la tocó e introdujo sus manos en su sexo, sus dedos, y al darse cuenta de que estaba sangrando, se asustó y la pidió perdón"

Declaración indagatoria de 2.2.2015: "le dio la impresión de tener más o menos 15 años, que la chica...ya estaba introduciendo su boca en el miembro del declarante, ...la levantó sobándola un poco y se dio cuenta de que tenía sangre en los dedos, se asustó y cesó"

Además, el contenido de estas dos declaraciones en fase sumarial es absolutamente coherente con las declaraciones testificales prestadas por los dos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que intervinieron en su detención, en los términos que más adelante se señalarán.

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

La menor en el acto del juicio oral, en síntesis, declaró que *iba con su perra y vio al chico y como tenía un perrito le preguntó cómo se llamaba y le dijo el nombre y ella estuvo con el perrito, pasados unos minutos le preguntó qué edad tenía y él contestó que tenía 25 o 26 años y él le preguntó también por su edad y ella le contestó que tenía 11 años, cuando estaban sentados los dos juntos, él le dijo "vamos a dar un paseo" se fueron y encontraron un pino y se metieron debajo y él le dijo que "si ella quería follar y esas cosas" y ella le contestó "que bueno, que sí", él le bajó a ella los pantalones, él se bajó los pantalones y él le introdujo los dedos por la vagina y una vez que le introdujo los dedos por la vagina ella le chupó el pene y luego él le introdujo el pene en la vagina y una vez que le estaba metiendo el pene en la vagina ella le dijo que le dolía y él paró diciendo, perdón que "no sabía que eras virgen", se vistieron, se dieron un beso en la boca y cada uno se fue para su lado; el perro se llamaba Pirata , que mantuvo estas relaciones libremente, no se sintió forzada, le dijo que tenía 11 años, no le dijo que tuviera 19, que recuerde tenía la regla, está segura que él le introdujo los dedos y que el motivo del sangrado fue por los dedos; cuando llegó a casa a sus padres les contó dos versiones, primero que había sido con un chico de su edad del colegio para que no le regañara su padre, tenía miedo, pasado un rato dijo que era un chico de 25 o 26 años, que identificó a esta persona en la comisaría viendo una serie de fotografías, a este chico le conoció ese día, no le había visto nunca anteriormente, que a sus padres ella les dijo que había estado con un chico de 25 o 26 años que la había violado, les dijo el nombre de Santos y el del perro; había tenido otro rollo parecido pero que no pasó lo mismo que con este chico.*

En definitiva, la menor en el juicio oral sostuvo que la relación fue de mutuo acuerdo y que además de la felación y penetración digital también hubo penetración del pene y que al acusado le dijo su verdadera edad de once años.

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 expndern.



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 incredibilidad 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 inmediatez 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 es menor de edad y en la fecha de los hechos tenía once años; acusado y víctima no se conocían y no se habían visto antes de dicha fecha, la forma en que se despidieron acusado y víctima, según el relato de la menor, besándose, en absoluto denota que el episodio vivido entre ambos tuviera un final de confrontación, sino todo lo contrario y desde luego las cifras que son reclamadas por la acusación en concepto de daño moral no pueden catalogarse de exageradas o indicativas de interés exclusivamente crematístico.

La acusación particular con el escrito de calificación provisional aportó resolución de la Dirección General de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, de fecha 29 de abril de 2015 en la que se reconoce un grado de discapacidad a la menor del 65%, a la que se acompaña dictamen facultativo también de 28 de abril de 2015, en el que se señala que la menor en el momento del reconocimiento presenta alteración de la conducta de etiología psicógena, enfermedad del aparato circulatorio de etiología congénita, trastorno del desarrollo por trastorno del aprendizaje y trastorno de la afectividad de etiología psicógena; ahora bien los hechos ocurrieron en agosto de 2014 y el reconocimiento facultativo y la resolución del reconocimiento de discapacidad del 65% son del mes de abril de 2015, sin que en el curso del juicio oral, de un lado fuera perceptible que la menor presentara algún tipo de trastorno, alteración o déficit, y de otro lado, se haya practicado prueba alguna que permita afirmar que la alteración y trastornos señalados estuvieran latentes en la fecha de los hechos con incidencia en la voluntad y capacidad de la menor o que por el contrario se hayan presentado con posterioridad; no obstante, hay varios testimonios sobre la actitud conductual de la menor; el primero es el ofrecido por su madre en el juicio oral cuando declaró que su hija tenía problemas de contacto, que su hija se ofrecía a las relaciones, no veía el mal, ni el miedo, lo veía todo como normal y no era la primera vez que sucedía esto; el testimonio del padre de la menor que dijo que desde que tenía siete u ocho años tiene trastornos de déficit de atención por su hiperactividad y retraso madurativo en su desarrollo; también el testimonio de dos funcionarias de policía (NUM002 y NUM003) que realizaron la exploración de la menor, quienes en el juicio oral sostuvieron que la niña incurría en un montón de contradicciones y que a veces se reía y a veces parecía que no le importaba, que estaba tranquila, a veces contaba lo que se le pasaba por la cabeza y que su preocupación era que su padre le regañara.

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 menor es verosímil en los elementos principales o básicos de los hechos relativos al contacto sexual mantenido entre acusado y menor, dado que por otro lado existen datos externos que vienen a actuar como elemento de corroboración del mismo, en lo sustancial.

En este sentido son varios los datos de que se dispone en la presente causa, y son la declaración de los padres de la menor, a quienes les relata cuando regresa con retraso al domicilio que había tenido relaciones sexuales y, la existencia de los informes médicos objetivos obrantes en las actuaciones donde en la primera exploración realizada en el Hospital Universitario de DIRECCION001 , folio 52, se le aprecia escoriación en horquilla posterior de introito vaginal y sangre fresca en ropa interior, y el informe médico forense que constata un pequeño desgarró y una zona de enrojecimiento en horquilla perineal, sin perjuicio de las declaraciones periciales prestadas en el juicio oral que serán, más adelante, objeto de valoración más detallada.

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, hay que distinguir dos momentos bien diferenciados para valorar la persistencia de la declaración de la víctima; en primer lugar el relato que hace la menor primero a sus padres, luego a los médicos y más tarde a la policía y, el resultado de sus declaraciones en la fase de instrucción y en el plenario.

En el juicio oral la **madre de la menor**, Carina declaró que la niña llegó tarde a casa y recibió la reprimenda de su padre, se había bajado al parque con la perra y su padre le dijo que subiera en media hora y empezó a tardar y bajó a buscarla y ya subía, dijo que había estado con un niño de su edad y luego dijo que había estado con un chico de la edad de su hermano y que habían tenido relaciones sexuales, fue a lavarla y en las bragas tenía motitas de sangre y no era porque tuviera la menstruación; el padre declaró en el juicio que dijo a la menor que no tardara en volver, la empezaron a llamar al móvil y no contestaba y le dijo a la madre que bajara al parque, al subir contó que había estado con un chico primero de su colegio de unos once años, se preocuparon y vieron que tenía la ropa manchada, dijo que había tenido una relación sexual completa, su madre la lavó y el declarante siguió insistiendo y ya dijo que no era con un niño del colegio sino con un chico que tenía la edad de su hermano y empezó a dar más detalles, nombre, moreno, sudamericano y que tenía un perro llamado Pirata .

Con respecto a las manifestaciones efectuadas a las doctoras que atendieron a la menor en el Hospital Universitario de DIRECCION001 de Madrid, consta al folio 52 que refiere que estando paseando a su perro conoce a un chico de 28 años, refiere que le dijo la edad, quien la invita a un descampado y al llegar allí la viola, le dice "no quiero" pero el chico le dice que "le da igual que no quiera" y refiere que no le ha golpeado; también en este informe médico se hace constar las manifestaciones del padre en relación al relato de la menor "que un niño de su edad le ha violado y que le duele", posteriormente cambia la versión y comenta que ha sido un chico de la edad de su hermano, mientras que durante el relato la madre refiere que no ha sido forzado porque la niña no se ha resistido; este informe fue ratificado en el juicio oral por la Doctora Martina , Peditra .

En sede policial, como se ha tenido oportunidad de exponer anteriormente, tanto la instructora como la secretaria de la diligencia de exploración de la menor, funcionarias del Cuerpo Nacional de Policía, hicieron



referencia a la cantidad de contradicciones, en las que incurrió la menor, al cambio de versiones, a veces se reía y a veces parecía que no le importaba, estaba tranquila, contaba lo que se le pasaba por la cabeza, su preocupación era que su padre le regañara, aunque efectivamente, finalmente ambas policías dijeron que les relató que le introdujo los dedos, y una de las agentes dijo que también manifestó que había introducido el pene en la vagina, y la otra agente no recordaba este concreto extremo, confirmando que la menor dijo que había sido voluntario que había querido tener la relación sexual.

Por el contrario, las versiones ofrecidas en el sumario y en el juicio oral, ya se mantienen prácticamente uniformes, fue el acusado el que propuso la relación sexual, y ella aceptó, le dijo su edad de once años y negó haberle dicho que tuviera diecinueve, el contacto sexual consistió en introducción digital en vagina, felación y penetración del pene en la vagina.

En definitiva, en los primeros momentos la menor ofreció varias versiones a sus padres, no solo en torno a la edad de la persona con la que tuvo el contacto sexual, sino a su carácter forzado al relatar que había sido violada, versión que mantuvo ante las doctoras del Hospital DIRECCION001, para luego decir a la policía que la relación había sido consentida.

Por todo ello, cabe concluir que la declaración de la víctima, en el caso presente, no puede constituir, por sí sola, prueba de cargo suficiente a efectos enervatorios de la presunción de inocencia del acusado.

3º.-Declaraciones testificales; aparte de las prestadas por los padres de la menor que ya han sido expuestas.

El hermano de la menor Juan en el juicio oral sostuvo que *llamó a la policía porque en el parque había una persona que pudiera ser quien había agredido a su hermana, su hermana le dio las características de un chico más o menos de la edad del declarante, le estuvo buscando cinco días por el parque y a todo el que tenía un perro le preguntaba por el nombre del perro y después de cinco días decidió cambiar el horario y empezó a ir por la noche y vio a un chico en el parque y le preguntó el nombre del perro, dijo que Pirata, el chico era de las mismas características que le había dicho su hermana, la policía llegó pronto le explicó lo sucedido y luego habló con el acusado y escuchó la conversación, reconociendo esta persona que había estado con una chica el viernes a las tres de la tarde, reconociendo que había habido penetración, no sabiendo si también dijo que hubo acceso con los dedos.*

Los **funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía** con carnet profesional números NUM004, NUM005 y NUM006 declararon que *acudieron el 21 de agosto de 2014 al parque DIRECCION000 porque una persona había reconocido a otra como el autor de un posible delito contra la integridad sexual, se entrevistaron con el requirente que les dijo que era el hermano de la víctima de once años y que hay una persona en el parque que es el posible autor y proceden a identificarle y a entrevistarse, le preguntan si había tenido algún problema con alguna chica días anteriores y espontáneamente dijo que había tenido una relación sexual con una chica en el parque, que dicha relación sexual consistió en tocamientos y que llegó a introducirle a la chica los dedos también pero quedó ahí porque ella empezó a sangrar y él se asustó, la dejó y se fue y entonces proceden a la detención, también refirió una felación y que no refirió penetración, el detenido dijo que la chica se lo propuso y él aceptó, de la edad y del nombre no dijo nada, el acusado ese día tenía un perro les dijo que se llamaba Pirata y que en ese parque suele haber gente, el detenido colaboró en todo momento y que el detenido lo contó con toda naturalidad, estaba violento por la situación al comentar un acto íntimo a unos agentes de policía, pero no ocultó ni hizo ademán de huir, tenía una actitud normal y el agente NUM006 concretó que habló con la madre de la menor que mostró la denuncia y se daban datos de descripción que coincidían con el chico que estaba en el parque.*

Los **funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía** con carnet profesional números NUM007 y NUM008 intervinieron como instructor y secretario de la diligencia policial de reconocimiento fotográfico de la menor y explicaron que *tras la identificación del presunto autor se elabora una composición con cinco fotografías de rasgos similares además de la fotografía del presunto autor y se citó a la menor para identificación acudió junto con su madre, todas las fotografías estaban juntas y sí le reconoció sin dudas y firmó según el protocolo, el reconocimiento fotográfico se hizo sin estar el detenido presente ni su letrado y en la composición se hacía constar la identificación de todas los fotografiados.*

Las **funcionarias del Cuerpo Nacional de Policía** con carnet profesional números NUM002 y NUM003, instructora y secretaria de la exploración de la menor, declararon en los términos antes expuestos en el sentido de las contradicciones y cambios de versión de la menor, risas y comportamiento tranquilo, que *cuando hablan con el padre por teléfono les dice que había sido un niño de once años, en la primera entrevista dijo que era de veintiocho, que introduce los dedos y el pene en la vagina, confirmó la primera agente, mientras que la segunda no recuerda éste último extremo, añadiendo las agentes que la menor les dijo que tenía un perro y les dijo el nombre, fue muy dubitativo, dijo varios y luego concretó uno, que a su padre le había contado que había estado con un niño porque le tenía miedo, pero confirma que ha sido voluntario, al principio no recuerda el nombre y*



luego les dice Santos , a veces contaba lo que le decía al padre, luego varias versiones de lo que le había pasado, otras veces contaba lo que se le pasaba por la cabeza, siendo su preocupación que su padre le regañara.

La **testigo** D^a. Mariola , explicó que es *psicóloga y que el acusado acudió a su consulta y lleva cinco meses asistiendo por el elevado nivel de ansiedad con síntomas fisiológicos, le cuesta conciliar el sueño, tiene náuseas, por temor a las consecuencias de los hechos que se le acusa y cómo puede afectar en su vida, su hermano vive con él y ayuda económicamente a su madre, es bastante desconfiado con baja autoestima y con inhibición a nivel sexual, le cuesta relacionarse, actualmente se ve una evolución en el tratamiento y mantiene mejor las relaciones personales y tiene pareja estable, el acusado es inteligente, introvertido y se adapta a las normas sociales y a la autoridad, le preocupa la opinión de los demás, le hace tener una exigencia y un control muy alto en sus conductas.*

En definitiva, no hay duda de la participación del acusado en los hechos declarados probados, de un lado por el reconocimiento del propio acusado en las dos declaraciones sumariales que prestó frente a las evidentes contradicciones que presentó en el juicio oral; por la declaración de la menor sobre el nombre del acusado, el nombre del perro que llevaba el acusado y el reconocimiento fotográfico realizado en sede policial, que ha sido ratificado por la menor en el plenario y por los agentes que participaron en dicha composición fotográfica y en el reconocimiento efectuado por la menor, manifestaciones que fueron sometidas a contraste y contradicción en el plenario; también por la declaración del hermano de la menor que una vez conocidas las características físicas de la persona que había tenido relaciones sexuales con su hermana, se dedicó los siguientes días a su localización en el mismo parque de DIRECCION000 , localizando en un horario distinto al acusado quien le dijo el nombre del perro que llevaba que le sonó parecido al que había dicho su hermana, para avisar luego a la policía que se presentó en el parque y confirmó el nombre del perro y de la coincidencia de las características físicas del acusado con las descritas en la denuncia.

La defensa del acusado puso en cuestión la validez de la diligencia de reconocimiento fotográfico policial realizado por la menor y, en este sentido hay que remitirse, entre otras, a la sentencia del Tribunal Supremo nº 18/2017, de 20 de enero, que a estos efectos señala que:

"El reconocimiento fotográfico ha sido reiteradamente admitido por la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional como herramienta policial idónea para orientar la investigación con el objetivo de lograr la identificación del autor de los hechos.

La doctrina de esta Sala, recogida entre otras en las STS 330/2014 de 23 de abril o 675/2015 de 3 de noviembre, señala que los reconocimientos fotográficos en sede policial, por sí solos, no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al constituir meras actuaciones policiales que sirven para la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindibles porque no hay otra forma de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor o de descartar a otros sospechosos.

Las SSTS 901/2014 de 30 de diciembre; 353/2014 de 8 de mayo; 16/2014 de 30 de enero; 525/2011 de 8 de junio; 169/2011 de 22 de marzo y 331/2009 de 18 de mayo, incluyen entre las herramientas de investigación al alcance de la Policía, el reconocimiento fotográfico, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

La STS 16/2014 de 30 de enero con cita de las SSTS 617/2010 de 24 de junio, 1386/2009 de 30 de diciembre y 503/2008 de 17 de julio, sintetiza la doctrina general sobre la operatividad procesal y eficacia probatoria de los reconocimientos fotográficos policiales y argumenta que "" los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".

Ahora bien, ello no implica que las identificaciones fotográficas realizadas en sede policial, no hayan de estar sometidas a determinados presupuestos de método. Existen factores intraprocesales que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento de reconocimiento se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar



lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores (STS 901/2014 de 30 de diciembre y 337/2015 de 24 de mayo).

En palabras de la STS 353/2014 de 8 de mayo, la diligencia quedaría gravemente viciada si los funcionarios policiales dirigen a los participantes en la identificación cualquier sugerencia, o indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados. "

En este caso, ni se cuestiona la composición de clichés fotográficos que se exhibieron en sede policial, ni se plantea una eventual intervención policial dirigida a influir en el reconocimiento, por lo que no existen razones para cuestionar la regularidad de esta diligencia.

En definitiva, el Tribunal Supremo reiteradamente tiene dicho que el reconocimiento fotográfico realizado en sede policial, mediante la exhibición de un álbum o serie de fotografías de delincuentes conocidos que por sus "modus operandi" pueden ser sospechosos de haber cometido el delito que se persigue, constituye diligencia legítima de iniciación de la investigación dirigiéndola contra la concreta persona reconocida por aquel medio o técnica; diligencia cuyo valor es de naturaleza preprocesal por lo que no constituye por sí sola una prueba, aunque puede traerse al juicio por otros medios probatorios de los procesalmente admisibles; es decir, que carece de virtualidad probatoria en sí, pero puede tener eficacia cuando se corrobora en trámite judicial y se ratifica en las sesiones del juicio oral; es decir, el reconocimiento fotográfico o en rueda alcanza el nivel de prueba cuando es ratificado por el testigo en el plenario, o en éste reconoce al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado (entre otras STS 337/2015 de 24 de mayo y las que ella cita).

En el supuesto presente, además del resto de pruebas que avalan y confirman la participación del acusado en los hechos enjuiciados, el reconocimiento fotográfico realizado en dependencias policiales fue practicado regularmente, y se ha introducido en el juicio oral mediante la ratificación de la menor víctima de los hechos y con la ratificación y explicaciones ofrecidas por los policías, instructor y secretario de dicha diligencia de reconocimiento fotográfico, sometidas a contradicción, intermediación y oralidad.

4º.- Pericial médica.

En primer lugar compareció la **Pediatra D^a**. Martina , ratificó el informe emitido del Hospital DIRECCION001 , y explicó que *se hizo exploración completa a la menor ante la sospecha de un abuso sexual según la denuncia, la ginecóloga hizo la exploración, el resto era normal, acabada la exploración se consultó para que acudieran las ginecólogas que realizaron el reconocimiento ginecológico de la menor en su presencia, el desarrollo puberal era normal, la apariencia se correspondía con su edad, algo mayor, pero es algo variable en esa edad; no había signos evidentes de menstruación pero sí mancha de sangre en la ropa interior de la menor, los ginecólogos no le comunicaron que hubiera menstruación en ese momento de la exploración; en cuanto al término de escoriación en horquilla posterior vaginal quiere decir que la capa superficial en vez de verse como el resto de la piel se ve más rojo fresco pero no es un arañazo, se vio la escoriación en la horquilla posterior del himen, el himen aparentaba íntegro a simple vista en ese momento, no tenía hematomas visibles ni lesiones a nivel anal; la escoriación es una lesión, no había sangre en la zona explorada pero sí en la ropa, la menor podría tener la apariencia de trece años, pero es muy difícil, sí podría, la menor no aparentaba diecinueve años.*

Médico Forense D. Jenaro declaró que *hizo un informe en el servicio de guardia de los juzgados en conjunto con la ginecóloga de guardia y lo ratifica, hizo un reconocimiento genérico de la menor y específico por parte de las ginecólogas conjuntamente, las únicas lesiones estaban en el aparato genital, un pequeño desgarró en el himen y un pequeño enrojecimiento en la horquilla vulvar, eran lesiones recientes, no se acordaba de la anatomía y apariencia de la menor no tiene recogido nada al respecto que le llamara la atención, no la recordaba físicamente, estas lesiones son compatibles con la introducción de uno o más dedos o de algún objeto en la vagina, es muy difícil determinar si es compatible con una penetración, generalmente si la penetración es completa sí se desgarró el himen, suele ser un desgarró más amplio, en este caso es un desgarró pequeño y en todo caso, sería compatible con la introducción de un objeto o de dedos, porque fue desgarró parcial.*

Médico Forense D^a. Elisenda , declaró que *había emitido un informe y que tenía a su disposición el informe de DIRECCION001 y el del médico forense y hay una discrepancia pequeña entre el Doctor Jenaro y la Doctora Milagrosa , ya que ésta última en su informe habla de escoriación en la horquilla posterior del introito de la vagina mientras que el Doctor Jenaro la refiere en el himen; en cuanto al informe de 25.2.2015 sobre la apariencia de la menor, manifestó que la valoración por cualquier persona no experta es subjetiva, no llegó a ver a la víctima y, en dos años, la variación aparente en esa etapa es muy grande y no examinó a la menor para no confundir, no puede preverse cómo era la menor de aspecto dos años antes, la variación es sustancial porque en la adolescencia el desarrollo de caracteres secundarios se modifica mucho en menores de esa edad; la escoriación en horquilla posterior de la vagina es compatible con la introducción de uno o más dedos en la vagina; una cosa es la edad ósea y otra cosa es el aspecto que es muy variable de unas personas a otras, en este caso es absurdo realizar*



pruebas para determinar la edad de la menor porque se sabe la edad real de la misma, en una edad así, no se puede determinar, ni por la perito ni por nadie, la edad aparente, la apariencia biológica en esa etapa sufre una gran variación física y es la etapa cuando más varía la anatomía de una persona, no se puede determinar la edad por apariencia externa exclusivamente.

Con respecto a la valoración de la prueba pericial, hay dos elementos que resultaron cuestionados; de un lado, si hubo o no penetración del pene en la vagina de la menor y de otro lado, sobre la edad y apariencia externa de la misma.

En cuanto a la primera cuestión, el acusado ha negado la penetración, la menor ha sostenido que sí hubo introducción del pene en su vagina, las dos funcionarias de policía que realizaron la exploración de la menor en el juicio oral, una confirmó que la menor había dicho que había sido penetrada con el pene mientras que la otra no lo recordaba y en cuanto a la pericial médica, inclusive la Médico Forense D^a. Elisenda nada más empezar su declaración puso de manifiesto la contradicción existente entre el informe del DIRECCION001 y el informe del Médico Forense Dr. Jenaro, señalando que en el informe de DIRECCION001 se habla de escoriación en la horquilla posterior del introito de la vagina mientras que el Dr. Jenaro la refiere en el himen y en el informe emitido por éste que obra a los folios 48 a 51, hace referencia a un pequeño desgarró en las "6 horas" con sangrado activo y zona de enrojecimiento en horquilla perineal aclarando en el plenario que la menor tenía un pequeño desgarró en el himen y pequeño enrojecimiento en la horquilla vulvar; mientras que la Peditra que acudió a juicio y que emitió y ratificó el informe obrante al folio 52, explicó que el himen impresionaba íntegro y que la escoriación se localizaba en la horquilla posterior del himen (escoriación en horquilla posterior de introito vaginal, según el informe del Hospital DIRECCION001, folio 52); en todo caso, tanto el Dr. Jenaro como la Dra. Elisenda, señalaron, el primero que la lesión es compatible con la introducción de dedos, que si la penetración es completa el desgarró del himen sería completo y que parecía más compatible con la introducción de un objeto o de dedos porque el desgarró fue parcial, y la segunda, que la escoriación es compatible con la introducción de uno o dos dedos en la vagina.

A lo anterior debe añadirse que a los folios 108 a 111 existe informe de ADN emitido el 22 de octubre de 2014 por el Laboratorio de Biología de la Comisaría General de Policía Científica, en el que se concluye que no se ha evidenciado la presencia de espermatozoides en ninguna de las muestras recibidas, lavado vaginal y torunda vaginal y que tampoco se ha podido individualizar ningún perfil genético de varón.

Con todos estos elementos probatorios, no puede llegar a afirmarse que se produjera introducción del pene en la vagina de la menor.

En cuanto a la edad y apariencia de la menor, se trata de uno de los elementos más importantes y debatidos.

A pesar de la insistencia, lógica en el ejercicio del derecho de defensa, de la parte acusada, en relación a la práctica de pruebas periciales consistentes en radiografía de muñeca, ortopantomografía dental y tomografía del extremo medial de la epífisis clavicular, lo cierto es que el debate no se centra en determinar la edad legal de la menor, que es la que, aproximadamente, se conseguiría con las pruebas propuestas, edad que por otro lado es conocida con absoluta seguridad, sino que la pretensión de esta parte en realidad era acreditar la apariencia de mayor edad de los once años reales, y a estos efectos el informe emitido el 25.2.2015, folio 128, en la fase de instrucción por la Médico Forense, fue concluyente y contundente al igual que sus afirmaciones en el plenario.

En todo caso, hay que señalar que la evolución y desarrollo de los seres humanos no es lineal, sino irregular y está influenciada por factores biológicos y ambientales diversos, algunos de difícil identificación, otros de incierto alcance como la etnia o el grupo de población de procedencia, pero insistimos que las pruebas propuestas por la defensa del acusado, no admitidas, exclusivamente hubieran podido determinar o descartar la mayoría de edad de una persona -se insiste que su pretensión era acreditar la discrepancia de la edad real con la apariencia externa de la menor- y para ello, además de la exploración personal y directa, se vienen utilizando varias técnicas como la exploración radiológica de la muñeca izquierda, el examen de la dentición con especial atención al tercer molar con ayuda de la ortopantomografía y el estudio del extremo medial externo de la clavícula, sin olvidar que existen recomendaciones del Grupo de Estudio sobre Estimación Forense de la Edad fundado en Berlín en el año 2000 e inclusive en las recomendaciones a España del informe Separated Children in Europe de Human Rights Watch en el que se expresa que las determinaciones de edad basadas en el examen de los huesos de la muñeca deberían incluir un margen de error de al menos veinte meses.

Pero es que en el caso enjuiciado, la edad real de la menor no ofrece duda alguna, nació el día NUM009 de 2002, de manera que en la fecha de los hechos, 15 de agosto de 2014, tenía la edad real de once años.

El acusado en sus declaraciones sumariales sostuvo que la menor tendría quince o dieciséis años, que de ninguna manera podía pensar que tuviera once años y que le dio la impresión de tener más o menos 15 años,



y ello a pesar de que en el juicio oral dijo que creía que la menor le dijo que tenía diecinueve años y que él pensó que eran diecisiete.

Las funcionarias de policía que realizaron en aquellas fechas la exploración de la menor, en el plenario no hicieron referencia a que la menor aclarase que ella le había dicho al denunciado su edad, ni la real ni una ficticia.

La Médico Forense D^a. Elisenda , en fecha 25 de febrero de 2015, folio 128 de las actuaciones, informó que no existen pruebas médico biológicas que permitan dictaminar la edad aparente y desarrollo físico entre los doce-catorce años, que puede ser muy variable; la valoración de la edad aparente por un no experto es completamente subjetiva y que con respecto a la víctima desde agosto de 2014 hasta el día de la fecha debido al tiempo transcurrido y en la época de la vida de la víctima, la transformación y desarrollo pondero-estatural y desarrollo de caracteres sexuales secundarios es previsible que pueda haber sufrido variaciones notables; este informe fue ratificado en el plenario, explicando que la variación aparente en esa etapa es muy grande y no examinó a la menor para no confundir, que la variación es sustancial porque en la adolescencia el desarrollo de caracteres secundarios se modifica mucho en menores de esa edad; que una cosa es la edad ósea y otra cosa es el aspecto que es muy variable de unas personas a otras, en este caso es absurdo realizar pruebas para determinar la edad de la menor porque se sabe la edad real de la misma, en una edad así, no se puede determinar, ni por la perito ni por nadie, la edad aparente, la apariencia biológica en esa etapa sufre una gran variación física y es la etapa cuando más varía la anatomía de una persona, no se puede determinar la edad por apariencia externa exclusivamente.

Otra prueba determinante a estos efectos, es la prueba pericial de la pediatra que el día de los hechos examinó y exploró a la menor, la Doctora D^a. Martina , firmante del informe obrante al folio 52 de los autos; en el juicio fue preguntada sobre este extremo, sobre la edad y la apariencia de la menor y, dijo que la apariencia se correspondía con su edad, algo mayor, pero es algo variable en esa edad; que la menor podría tener la apariencia de trece años, pero es muy difícil, sí podría, que la menor no aparentaba diecinueve años.

Las fotografías aportadas por la acusación particular con ocasión de su escrito de conclusiones provisionales, documentos 1 a, 1 b y 1 c, aparte de solo reflejar la cara de la menor, y no tratarse de una fotografía completa de su persona, según el padre en el juicio oral previa exhibición de dichas fotografías, declaró que se hicieron por renovación del carnet en septiembre de 2013, de manera que la imagen que se refleja se correspondería con la apariencia de la menor once meses antes, con la enorme variación que a esa edad se produce, según los expertos peritos que han declarado en el juicio, y máximas de experiencia demuestran, que a esas edades en poco tiempo puede producirse un cambio bien sustancial, especialmente en niñas.

Y otro elemento probatorio a tener en cuenta, a estos efectos, es el auto de fecha 23 de agosto de 2014, obrante a los folios 72 y 73 de las actuaciones, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, en cuyo razonamiento jurídico primero, a la hora de resolver sobre la petición de prisión provisional y la subsistencia de indicios de delito de abuso sexual del artículo 183 del Código Penal, señala que: "al admitir ambas partes haber tenido relaciones sexuales consentidas, y siendo la denunciante de once años de edad, debe acordarse la libertad provisional del imputado, puesto que una vez realizada la exploración de la menor por este instructor, no cabe descartar por completo la alegación del imputado de que la creyese mayor de trece años (de unos quince años, según él) creencia que no desmiente la apariencia de la menor, que pudiera aparentar una edad superior a sus once años reales...".

Es verdad que la Médico Forense, Dra. Elisenda , dijo que la apreciación de la apariencia de edad por un no experto es muy subjetiva, pero en el caso presente, uno de los elementos del tipo objeto de acusación, es la minoría de edad de trece años, y dado que existen posiciones enfrentadas entre acusado y víctima, sobre la edad que pudo expresar la menor al acusado, y la creencia que éste pudo tener sobre este extremo, lo cierto es que disponemos de la declaración de la Pediatra que el mismo día de los hechos examinó y exploró a la menor que, en el juicio oral claramente ha dicho que la menor tenía una apariencia algo mayor que la que se correspondía con su edad, que podría tener la apariencia de trece años, aunque reconoció que era muy difícil, que podría ser; y la inmediatez del Juez Instructor, experto jurídico, que a la hora de tomar una delicada decisión sobre la situación personal del detenido acusado de un delito de abuso sexual a menor de edad, decretando su prisión provisional o su libertad, claramente dejó constancia de que la creencia del detenido sobre los posibles quince años de la menor, no desmiente la apariencia de la menor que pudiera aparentar una edad superior a sus once años reales, lo que le llevó a decretar su libertad provisional sin fianza acordando una medida de alejamiento y de prohibición de comunicación.

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 mantuvo relaciones sexuales con la conformidad y el asentimiento de la menor, consistentes en felación de la menor al acusado e introducción digital del acusado en la vagina de la menor, sin haberse probado la introducción del pene en la vagina de la menor, hechos que integrarían el delito de abuso sexual a menor de trece años del artículo 183.1. y 3 del Código Penal en la redacción ofrecida en virtud de Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 0/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El bien jurídico protegido en los delitos tipificados en el Título VIII del Libro II del Código Penal es la libertad sexual, entendida como autodeterminación o libre disposición de la potencialidad sexual y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual. La libertad sexual se la puede considerar como denominador común, sin perjuicio de que cuando el sujeto pasivo sea un menor, como acontece en el presente supuesto, se deba valorar su derecho al libre desarrollo de la personalidad o la esfera de la intimidad y con ello se incida en su indemnidad o intangibilidad sexual, porque la idea de libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo, voluntad carente en un menor de trece años de edad.

El delito de abuso sexual, se diferencia de la agresión sexual, en que en esta última sólo tienen cabida los comportamientos acompañados de violencia o de intimidación, dado que en ambos la acción básica está constituida por la realización de actos no consentidos que atenten contra la libertad sexual de la persona y supone la concurrencia de los siguientes componentes:

- 1) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico, siempre con significado sexual,
- 2) Un elemento subjetivo o tendencial que viene definido como "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción del apetito sexual del agente.

Respecto de este ilícito tiene declarada la Sentencia del T.S. de 18 diciembre 2007, como características definitorias:

- a) La concurrencia de un elemento objetivo consistente en un tocamiento impúdico o contacto corporal que puede ofrecer múltiples modalidades -salvo, lógicamente, las previstas en tipos penales distintos.
- b) Que el tocamiento o contacto corporal puede ser realizado tanto por el sujeto activo del delito sobre el pasivo, o por éste sobre el cuerpo de aquél; y
- c) un elemento subjetivo, el "ánimo libidinoso", o propósito de obtener una satisfacción sexual (véase por todas la STS de 6 de marzo de 2006).

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).

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".

Por tanto, los hechos declarados probados nos sitúan en actos que afectan a una menor de trece años cuyo consentimiento se tiene legalmente como inexistente, dado que el delito de abusos sexuales a menores de trece años, ciertamente contiene una presunción iuris et de iure que no admite prueba en contrario, de manera que siempre que la víctima tenga una edad inferior a la referida, según la redacción vigente en la fecha de los hechos, se considera que existen abusos sexuales no consentidos; por ello resulta imprescindible acreditar fehacientemente el hecho base de que la víctima sea menor de esa edad en el momento de ocurrir los hechos.

Con arreglo a la prueba practicada hemos considerado que no se ha probado que el acusado conociera la edad de la menor, habiéndose probado que el acusado, dada la naturalidad en la forma de actuar y la apariencia externa de la menor, no pensó que ésta pudiera tener menos de trece años, por lo que no se planteó aclarar



la verdadera edad de la menor, conclusión a la que se llega teniendo en cuenta la declaración sumarial del acusado y sus actos anteriores, coetáneos y posteriores, -tales como la carencia de antecedentes penales, la sorpresiva, inesperada y no buscada situación producida el día 15 de agosto de 2014, la forma en que se desarrollaron los hechos con pleno asentimiento de Tania . y su posterior cariñosa despedida, que el acusado regresó al lugar de los hechos dado que allí se practicó la detención y, el reconocimiento espontáneo y colaboración del acusado al ser preguntado por la policía relatando los detalles del contacto sexual-, la prueba pericial de la Médico Forense Dra. Elisenda , la prueba pericial de la Pediatra, Dra. Martina , el auto de fecha 23 de agosto de 2014 dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid y la parcial debilidad del testimonio de la menor puesta en evidencia a lo largo de esta resolución.

Por todo ello, la Sala estima que, además de no haberse probado que el acusado conociera la edad de la menor, no pensó que Tania . pudiera tener menos de trece años, sino más años, y por ello no se planteó averiguar la verdadera edad de la menor; esta representación aparente de mayor edad a la real, no es, a nuestro entender, caprichosa en modo alguno con base en las circunstancias a las que acabamos de hacer mención, los hechos anteriores, coetáneos y posteriores del acusado, las explicaciones técnicas de la médico forense y de la pediatra y el valioso instrumento de la intermediación que quedó documentado en el auto que decretó la libertad provisional sin fianza del acusado; tampoco se ha probado que albergara sospecha o duda alguna que le hubiera aconsejado, razonablemente, a aclarar esta circunstancia, debe hacerse énfasis en que, como se ha dicho, la situación se produjo de una forma inesperada para el acusado, situación en absoluto buscada o provocada por el mismo; por otro lado, insistiendo en la variabilidad subjetiva de la percepción sobre la apariencia externa de las personas, la declaración de la Pediatra sobre la posible apariencia de mayor edad de Tania . que podría aparentar trece años y la intermediación judicial del Instructor en la forma antes detallada, son elementos que bien pudieron conducir a que el procesado pensara que Tania . tenía más de 13 años de edad.

Es el momento de abordar y dar respuesta al necesario juicio de razonabilidad y congruencia que ha motivado la nulidad de la sentencia de esta Sección de fecha 29 de marzo de 2017 acordada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En el supuesto enjuiciado, ninguna de las acusaciones planteó la posibilidad de concurrencia del denominado dolo de indiferencia; en todo caso, procede emitir pronunciamiento sobre el elemento intelectual del delito objeto de acusación.

En este sentido, hay que partir, entre otras, de la sentencia del Tribunal Supremo número 793/2014, de 14 de julio, en la que se afirma que "...la circunstancia de la menor edad de la víctima...es un elemento del tipo consistente en realizar actos de naturaleza sexual, que atenten contra la libertad sexual de una víctima menor de trece años", y la jurisprudencia recuerda que "el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose distinguido en la doctrina mayoritaria tradicionalmente entre error de hecho, error facti, que podría coincidir con el error, y error de derecho, error iuris, que correspondería a la ignorancia" (SSTS. 753/2007, de 2.10, 1238/2009, de 11.12, 392/20313, de 16.5 y 97/2015, de 24.2); en esta última sentencia, referida al delito castigado conforme a la redacción del artículo 183 del Código Penal, anterior a la vigente regulación por LO 1/2015, expresamente expone: "en el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 13 años, es decir, el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 13 años. Ahora bien, es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del tipo penal puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5.2 y 159/2005, de 11 de febrero).

Además, hay que señalar que el artículo 14 del CP establece: "1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación (...)".

Interesa aquí señalar que la irrelevancia del posible consentimiento no constituye una circunstancia agravante del tipo del art. 183, 1, sino una circunstancia de una de las alternativas típicas contenidas en dicha disposición.



La menor edad de la víctima no es determinante de una agravación de la pena prevista en el art. 183, 1 CP, sino que configura una circunstancia alternativa que excluye la relevancia del consentimiento de menores de trece años. Por lo tanto, la circunstancia de la menor edad de la víctima es un elemento del tipo consistente en realizar actos de naturaleza sexual, que atenten contra la libertad sexual o indemnidad de una víctima menor de trece años.

Conforme a reiterada jurisprudencia del TS, invencible es el error cuando el sujeto no hubiera podido evitarlo, pudiéndose afirmar que el error es inevitable cuando el sujeto no ha podido obrar de otra manera; por otro lado no es sencillo establecer los criterios para diferenciar un error evitable del que no lo es. Varias posiciones se han manifestado en la doctrina y así puede sostenerse que la evitabilidad del error depende de que el sujeto, haya tenido razones para pensar en la antijuridicidad de su conducta y especialmente en casos en que se haya podido esclarecer estas dudas sobre la concreta situación jurídica a la que se enfrenta, especialmente en casos como ahora examinamos referido a actividades plenamente regladas.

Así las cosas, en el delito enjuiciado, es necesario que quede claramente demostrado que al acusado se pudiese representar la posibilidad o la probabilidad de que la persona con la que tuvo la relación sexual fuera menor de 13 años, y esta Sala, a la vista del resultado de la prueba practicada que antes ha sido ponderada, y a estos efectos, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes antes, durante y después de la comisión de los hechos enjuiciados, considera que no se ha probado que el acusado tuviera conocimiento de la menor edad de trece años de Tania .; en el contexto en que se produjeron los hechos, a la vista de que acusado y menor no se conocían con anterioridad, y que estos hechos se produjeron en un breve espacio de tiempo y en un parque público, con la apariencia de mayor edad a la real de Tania ., su naturalidad en el contacto sexual mantenido -felación de Tania . al acusado, e introducción de dedos en la vagina de la menor- y la variabilidad subjetiva de la percepción sobre la apariencia externa de las personas, e insistiendo en la posible apariencia de mayor edad de Tania . admitida por la perito pediatra en el juicio oral y la inmediatez judicial del Magistrado Instructor en fechas inmediatas a los hechos con el resultado plasmado en el auto de 23.8.2014, esta Sala considera que no puede atribuirse al acusado indiferencia, sino que el acusado no pensó, no tenía razones para pensar, y por tanto, no se planteó, que Tania . pudiera tener menos de trece años; no se ha probado que en la situación descrita al acusado se le pudiera representar esa posibilidad, debiendo operar en este caso el principio in dubio pro reo, alcanzando esta Sala, con ocasión de la primera sentencia anulada, y ahora en la presente, la convicción judicial, por las pruebas practicadas valoradas en los términos expuestos, que no procede dictar una sentencia condenatoria.

En consecuencia debemos absolver al procesado Santos del delito por el que venía siendo acusado por el Ministerio Público y por la acusación particular.

No obstante lo anterior, el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, en fecha 23 de agosto de 2014, dictó auto por el que se imponía a Santos la medida cautelar de prohibición de acercarse a la menor Tania ., debiendo en todo momento mantener con ella una distancia mínima de 500 metros, así como la de acudir al domicilio y colegio de ésta, y la prohibición de mantener todo contacto, de cualquier clase, con la misma; en dicha resolución se hacía constar que estas medidas tendrían vigencia en tanto expresamente no fueran revocadas o se adoptara resolución definitiva en el proceso penal incoado a consecuencia de los hechos que las motivan; por lo expuesto y, no siendo esta sentencia firme, procede mantener la vigencia de la medida en su día adoptada.

SEGUNDO.- Conforme al artículo 123 del Código Penal, las costas se declaran de oficio.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a Santos del delito de abusos sexuales a menor de trece años, del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, con declaración de oficio de las costas causadas en la tramitación de esta causa.

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

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

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