



Roj: **SAP M 1554/2022 - ECLI:ES:APM:2022:1554**

Id Cendoj: **28079370052022100010**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **17/02/2022**

Nº de Recurso: **2642/2021**

Nº de Resolución: **12/2022**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **JESUS MARIA HERNANDEZ MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1554/2022,**
STSJ M 10515/2022,
STS 1954/2023

Sección nº 05 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 6 - 28035

Teléfono: 914934573

Fax: 914934716

audienciaprovincial_sec5@madrid.org

37051530

N.I.G.: 28.007.00.1-2020/0003355

Procedimiento sumario ordinario 2642/2021

Delito: Abusos sexuales

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 04 de DIRECCION000

Procedimiento Origen: Procedimiento sumario ordinario 395/2020

Contra: D./Dña. Leon

PROCURADOR D./Dña. MANUEL DIAZ ALFONSO

Letrado D./Dña. JOSE LUIS VALDUEZA BENEITEZ

SENTENCIA N° 12/22

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN QUINTA

ILMOS. SRES DE LA SECCION QUINTA

D. PASCUAL FABIA MIR

D. JESUS MARIA HERNANDEZ MORENO

D. JOSE PEDRO VAZQUEZ RODRIGUEZ

----- **En Madrid a 17 de 2 de 2022.**

VISTA, en juicio oral y público ante la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº 18 de esta capital seguida de oficio por delito de agresión sexual sobre menor de 16 años



contra Leon , mayor de edad con NIE NUM000 y sin antecedentes penales, de solvencia o insolvencia no acreditada, y en prisión provisional por esta causa desde el 8 de junio del 2020, siendo detenido el 6 de julio del 2020; habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Salvador Ortolá Fayos y como Acusación Particular la menor Guadalupe , representada por la Procuradora Dª Paloma Briones Torralba y defendida por la Letrada Dª **Leticia Mena Mateos** y el acusada citado representado por el Procurador D. Manuel Díaz Alfonso y defendido por el Letrado José Luis Valdueza Benítez y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. Jesús María Hernández Moreno**.

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de las actuaciones como constitutivos de un delito de agresión sexual a menor de 16 años del artículo 183.1.2.3 y 4 d) del C. Penal, reputando como responsable del mismo en concepto de autor a Leon , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, solicitando las penas de 15 años de prisión, inhabilitación absoluta a tenor del art. 55 del C. Penal y la de prohibición de aproximarse a la menor Guadalupe , a su domicilio, centro de estudios o trabajo o cualquier otro donde se encuentre o frecuente a una distancia inferior a 500 metros y la de comunicarse con ella por cualquier medido, directo o indirecto a través de terceras personas, durante un periodo de 18 años, y la medida de diez años de libertad vigilada e inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve coto con menores por un tiempo de veinte años e indemnizar a la menor, a través de su representante legal, en la cantidad de 250 euros por las lesiones sufridas y 30.000 euros en concepto de daños morales, y pago de costas

Acusación Particular, en sus conclusiones definitivas, califico los hechos objeto de las actuaciones como constitutivos de un delito de agresión sexual del artículo 183.1.2.3 y 4d) y art.192 1 y 3 del Código Penal reputando como responsable del mismo en concepto de autor a Leon , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, solicitando las penas de 15 años de prisión, inhabilitación absoluta a tenor del art.55 del C. Penal y la de prohibición de aproximarse a la menor Guadalupe , a su domicilio, centro de estudios o trabajo o cualquier otro donde se encuentre o frecuente a una distancia inferior a 500 metros y la de comunicarse con ella por cualquier medido, directo o indirecto a través de terceras personas, durante un periodo de 18 años, y la medida de libertad vigilada e inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve coto con menores por un tiempo de veinte años e indemnizar a la menor, a través de su representante legal, en la cantidad 50.000 euros en concepto de daños y que serían destinados al abono de tratamiento psicológico con los intereses del art 576 de la L.E.Crim.

SEGUNDO.- La defensa de Leon en calificación definitiva solicito su libre absolución y alternativamente concurrirían las atenuantes del nº 3 del artículo 21 y la de confesión del art 21.4º del Código Penal.

II.-HECHOS PROBADOS

De la apreciación de las pruebas practicadas RESULTA PROBADO Y ASI SE DECLARA: Que Leon , nacido el NUM001 de 1970 y nacional de la Republica Dominicana con NIE- NUM000 con situación administrativa regular y sin antecedentes penales, se encontraba el día 5 de julio del 2020 sobre las 13:30 horas en el domicilio familiar sito en la PLAZA000 , nº NUM002 , NUM003 , de la localidad de DIRECCION000 en el que convivía con su pareja, el hijo común de tres años y la hija de su pareja: Guadalupe , nacida el día NUM004 del 2004 .

El anterior se dirigió a la habitación de la menor y, tras darle cincuenta euros y hablar con ella, la coge del brazo y la lleva a la habitación contigua de la pareja; una vez en el dormitorio vino en empujar a la menor contra la pared en el hueco de esta con el armario; y tras acercarse a ella, le coge una mano para colocársela por encima del pantalón a la altura de su miembro viril al tiempo que levantó a aquélla la blusa del pijama y le vino en tocar los pechos; por ello la menor le aparta y le echa para atrás queriendo salir por un lado, lo que Leon le impide y la empuja sobre la cama y, no obstante la oposición de la menor, en un momento dado con ánimo libidinoso, le agarra, y consigue bajarle los pantalones y el tanga por debajo de la rodilla para después de ello, apartando los muslos previamente, penetrarla por vía vaginal con introducción del pene si bien después se retira de la misma y eyacula fuera de ella sobre la altura del pecho en la ropa que portaba la menor.

A resultas de lo anterior, la menor Guadalupe sufrió petequias en la zona antero medial del muslo derecho, lesiones que solo precisaron un primera asistencia facultativa de las que tardó en curar cinco días y se vio afectada psicológicamente mostrando síntomas y signos en el ámbito cognitivo y conductual.

III.-FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de agresión sexual del artículo 183. 2 y 3 del Código penal en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

SEGUNDO.- De dichos delitos es responsable en concepto de autor, artículo 28 párrafo primero del Código Penal, Leon por su realización voluntaria y material, acreditada por la declaración en el acto del juicio oral de la testigo Guadalupe junto con la propia declaración del encartado, informe médico forense e informe pericial psicológico y de ADN y otras testificales depuestas.

La anterior es testigo víctima y único de los hechos objeto de acusación y siendo menor de edad en cuanto nacida el día NUM004 del 2004 tal y como evidencia la reseña de datos personales de la misma obrante en la documentación de la comparecencia policial que realizó el 7 de julio del 2020 y que obra al folio tercero del atestado policial que está unido a las actuaciones.

Es reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional -Sentencias 862/2000, 104/2002 y 470/2003 entre otras del Tribunal supremo y Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras muchas, 201/1989 y 16/2000- la que declara la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y habiendo exigido requisitos tales para su validez como: ausencia de incredibilidad subjetiva con exclusión de todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza; verosimilitud, en cuanto todas las corroboraciones periféricas abonen la realidad del hecho y persistencia y firmeza del testimonio.

Al respecto, no ha resultado evidenciado en la testigo un móvil espurio en su declaración. Por la defensa del encartado solo se alude a que como quiera que la menor llevo la iniciativa, provocando sexualmente en el encartado una erección, él se dejó hacer hasta el punto de eyacular, lo que comportaría que por miedo ante sus progenitores la menor mantuviera que, frente a lo ocurrido, fue objeto de una agresión sexual; pero tal alegación, con independencia de la falta de evidencia de la misma, no se sostiene. Los padres son coincidentes en que su hija presenta un carácter tímido y así lo evidencia el informe psicosocial donde, folio 353º, se hace constar en lo referente al Tés Auto evaluativo Multifactorial de adaptación infantil como resultado en la prueba con relación al apartado timidez de muy constatada; pero es más ésta en el día siguiente ya manifiesta abiertamente al joven con quien mantiene relaciones que ha sido objeto de abuso sexual para inmediatamente hacerlo llegar el joven a los padres de la menor y a quien después se lo refirió sin que en la declaración de Evelio , Ezequiel y Emilia aparezca que la menor les confiara además del hecho del abuso sexual ningún ánimo de venganza u otro motivo espurio que albergare contra el encartado; es más, la testigo Emilia , madre de la menor, viene en declarar que tras la llamada de Evelio vino en llamar a su hija que empezó a llorar por lo que dijo que fuera a casa de su abuela, vino en llamar al encartado y le pregunto si hubo algún problema con su hija a lo que contesto que no y a continuación las palabras de él fueron "me he arruinado la vida"; o sea, no media atribución externa de responsabilidad sino una asunción subjetiva de lo ocurrido.

Por otra parte, el testimonio de la menor se presenta verosímil; es de notar que el propio encartado cuando menos admite que el día de hechos estaba con ella en el domicilio de autos y si bien le atribuye a la menor, como se ha dicho, toda la iniciativa en el encuentro sexual que manifiesta ocurrido; en todo caso, si sostiene que llegó a eyacular y manchó la ropa de la menor y la realidad de tal eyección seminal viene confirmada por el informe pericial de ADN obrante a los folios 263º a 270ºy ratificado en el acto del juicio; junto con ello, resulta, por otra parte, que la menor presenta una lesión consistente en petequias en la zona antero medial del muslo derecho y al efecto los peritos médicos forense son claros en que consiste en apretamiento de los dedos de la mano con el fin de separar los muslos y que fue un punteado; ningún velo de sospecha sobre su fuerza probatoria introduce lo declarado por la menor y el testigo Evelio acerca de que mantuvieron ambos una relación sexual completa por la noche tras unas horas de lo ocurrido; estas fueron consentidas, ninguna necesidad hubo de vencer resistencia alguna.

A su vez, es de tener presente el informe psicológico de veracidad emitido por la psicóloga Forense con N.P.T: NUM005 y la trabajadora social y la Trabajadora Social con N.N.T: NUM006 ; las anteriores ratificaron en el acto del juicio el mismo. Conclusiones de tal informe, obrante a los folios tricentésimo nonagésimo sexto, son, como primera, se valora como hipótesis altamente probable los hechos descritos así como los síntomas y signos expuestos y detectados se ajustan a la vivencia expuesta en el relato de la menor y, como segunda, se sienta que se detecta información que indicativa de afectación, mostrando síntomas y signos en los ámbitos cognitivos y conductual congruentes con el episodio descrito.

Por último, la declaración de la testigo todavía menor de edad es firme y persistente. En efecto; en el acto del juicio declara que ella estaba en su habitación y le dio 50 euros porque alguna vez le daba dinero, se quedó en la habitación y le dijo algo, le agarró de los brazos y la llevó a la habitación de su madre, las dos habitaciones están pegadas, la puso entre el armario y la puerta, le cogió la mano y la puso en sus partes, después la llevó a la cama e intenta quitarla la blusa y los pantalones, que la levanto las piernas y al final la baja la ropa interior y



la penetra, ella estaba debajo y boca arriba, le hizo presión en los brazos para que no se moviera, el en la parte de arriba no tenía nada y de la de abajo se lo bajo, que se sale antes y le manchó.

Tal declaración además de firme ha sido persistente y uniforme, no observándose contradicciones relevantes con la prestada en comisaría e incluso después en la depuesta en la fase instructora; todos los relatos coinciden en lo esencial de los hechos en una u otras declaraciones; el núcleo de estos siempre es de todo punto coincidente y mostrándose irrelevante si estaba boca abajo, como se afirmó en la fase sumarial o si estaba en la cama de la habitación de su madre boca arriba, como se manifestó en el acto del juicio oral; de otra parte, la circunstancia de que en el Juzgado se declare que no sabe si la penetró no conlleva que quede excluido tal hecho pues ha venido en ser afirmado no solo en la declaración policial y la prestada en el acto del juicio oral sino también así lo hizo saber al médico forense el día del reconocimiento efectuado el 8 de junio del 2020 pues en el informe de tal índole, obrante al folio nonagésimo, en el capítulo de datos de la agresión se recoge que la menor refiere que sufre una agresión sexual consistente en penetración vaginal; a su vez, en el informe pericial psicológico en cuanto a la narración de los hechos si bien al principio se sienta, folio 299º, como respuesta de Guadalupe : me violó... Mmm.. Uff no sé... no se sin embargo después se recoge en el folio 302º la pregunta ¿ahora necesitamos que vuelvas a explicar, ya sin la vergüenza y con el máximo detalle y sin que nosotras te vayamos a interrumpir, y a ello se responde:... y ya pues consiguió quitarme los pantalones bajármelos y el tanga, y ya pues comenzó a violarme y a los pocos minutos se corrió encima mía. No empecé a lo anterior que en la prueba pericial de ADN tomando como muestras hisopo de zona vaginal, externa y de introito vaginal, de endocervix, folios 243º a 248º, no se hallare ADN seminal del encartado; en efecto, el encartado no eyaculó dentro de la vagina de la ofendida y quien a su vez declaró que tras lo ocurrido se fue a duchar.

TERCERO .- No es de apreciar la circunstancia cualificadora del número 183.1.4 d) del Código penal. Tal circunstancia es la de prevalimiento.

El prevalimiento exige no solo la existencia de una situación superioridad manifiesta, es decir evidente y clara, percible objetivamente y no solo de forma subjetiva.

El prevalimiento se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio ente las posiciones de ambas partes en el que una de ellas se encuentra en una situación manifiesta de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad y la otra se aprovecha de su evidente posición de superioridad bien laboral, docente, familiar o económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

El artículo 183.4 d) agrava la pena cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad para la ejecución del delito supuesto que se diferencia del previsto en el artículo 181.3 que también contempla un prevalimiento aunque dirigido a obtener el consentimiento de la víctima.

Al respecto, el encartado tiene la condición de pareja de la madre de la ofendida pero sin que rija la conducta de ésta de lo que se encarga su madre; y, de otra parte, la ofendida tiene ya quince años y unos ocho meses de edad con la constitución física normal propia de una joven de tal edad lo que motivó que tratara de apartar al encartado de ella y le dificultara que le bajara los pantalones y prenda íntima que portaba; es por ello que en la ejecución del delito no cabe apreciar la concurrencia de un plus en la ejecución del delito que vaya más allá de la fuerza empleada para quebrantar la voluntad contraria de la ofendida.

CUARTO .- Por la defensa se viene subsidiariamente en interesar la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal consistente, primeramente, en la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos u otro estado pasional de entidad semejante y, en segundo lugar, la de confesión.

Por lo que atañe a la atenuante de estado pasional, el artículo 23.1 del Código penal dispone que es circunstancia atenuante la de obrar por causa o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos u obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. El arrebatos y la obcecación trata de estados pasionales distintos. Como se decía en la sentencia del T.S. 381/2006 el primero ha sido definido por nuestra Jurisprudencia como una especie de conmoción psíquica de furor y la segunda como un estado de ceguera u ofuscación; en cuanto a su duración temporal el arrebatos se presenta como una emoción súbita y de corta duración y la obcecación es más duradera y permanente. En este orden de cosas, tal como se sigue de los hechos probados al encartado obra no tanto bajo el influjo de un estado pasional como guiado por un ánimo lubrico que dirige su acción sin rastro de conmoción psíquica ni de ceguera u ofuscación.

También se interesa la aplicación de la atenuante del artículo 21.4 del Código Penal.



Tal atenuante viene regulada en los siguientes términos por el artículo 24.4 del Código Penal: la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento se dirija contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

En rigor, la defensa interesaría la aplicación de la denominada confesión tardía. La atenuante de confesión en el caso enjuiciado no concurre pues no resulta que el encartado antes de conocer el haberse iniciado el procedimiento contra él haya confesado la infracción a las autoridades.

Además, el encartado lo que viene es en admitir un episodio sexual con la víctima pero específicamente diferente de lo que ocurrió.

Ambas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no pueden prosperar.

QUINTO .- A tenor de lo dispuesto en el artículo 183.2 y 3 del Código Penal en relación con su art 66.1.6ª es de imponer al encartado la pena de 12 años de prisión.

Conforme al artículo 57.2 del Código Penal procede imponer al encartado la pena de prohibición de aproximarse a la menor Guadalupe, su domicilio, centro de estudio o de trabajo o cualquier otro que frecuente así como la de prohibición comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de 15 años una y otra y la de inhabilitación absoluta a tenor del art 55 del C. Penal.

Conforme al artículo 192.3 es de imponer al encartado la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 18 años

Por ultimo conforme al artículo 192 del Código Penal es de imponer al condenado la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años.

SEXTO .- Conforme al artículo 109 del código Penal toda persona responsable de un delito o falta lo es también civilmente.

A este respecto, el informe médico forense ya referido sienta unas lesiones de las que se tardó en curar cinco días sin impedimento con una asistencia facultativa; es de estar al módulo de 50 euros por día de lesión, en total 250 euros por razón de las lesiones físicas sufridas.

Es de observar que el artículo 110.3 del Código Penal comprende dentro de la responsabilidad civil el perjuicio moral y la Jurisprudencia ha señalado que los daños morales no necesitan estar específicos en los hechos probados cuando fluyen de manera directa y natural del relato histórico (S.T.S 105/2005 de 29 de enero y 957/2007 de 28 de noviembre); en todo caso, en el informe psicosocial en las conclusiones, en el capítulo de afectación pos suceso, se hace mención de la presencia significativa de estrés y evitación cognitiva con intervenciones específicas profesionales específicas y además se hace mención en el apartado de daño psíquico de sin consideración de secuela psíquica en el momento presente. Al respecto, los daños morales los representan el impacto, quebranto o sufrimiento síquico que ciertas conductas o incluso resultados puedan producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causadas; se estima al respecto adecuado la fijación de la suma de 15.000 euros en concepto de indemnización del daño moral y sin perjuicio de la reserva de acciones civiles con ocasión de secuelas que en su caso pudieren hacerse presente, al eclosionar, en un futuro.

SEPTIMO .- A tenor del art 123 y ss del Código Penal y 240 y ss son de imponer las costas causadas al condenado, incluidas dentro de estas los derechos de Procurador y los Honorarios del Letrado de la Acusación Particular.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales pertinentes del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Que debemos **condenar** y **condenamos** a como responsable en concepto de autor de un delito agresión sexual a menor de 16 años ya definido, sin que concurran circunstancias que modifiquen su responsabilidad criminal, a la pena de **PRISION DE DOCE AÑOS**, con la pena de inhabilitación absoluta, y la pena de prohibición de aproximarse a la menor Guadalupe, su domicilio, centro de estudio o de trabajo o cualquier otro que frecuente así como la de prohibición comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de 15 años una y otra y la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 18 años ya que indemnice a la menor Guadalupe, a través de su representante legal, en la cantidad de 15.250 euros por daños físicos y daño moral y con imposición de



las costas causadas, incluidas en estas los derecho de Procurador y honorarios de letrado de la Acusación Particular.

Es de imponer al condenado la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años.

Para el cumplimiento de la pena se le abona todo el tiempo que haya estado y permanezca en prisión provisional por esta causa.

Y con reserva de las acciones civiles que pudieren corresponder a la perjudicada con respecto de secuela de futuro.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia por término de diez días a partir de la última notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ