



Roj: **SAP M 945/2020 - ECLI:ES:APM:2020:945**

Id Cendoj: **28079370292020100034**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **29**

Fecha: **06/02/2020**

Nº de Recurso: **976/2019**

Nº de Resolución: **63/2020**

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

Ponente: **JUSTO RODRIGUEZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 945/2020,**
STSJ M 13724/2020

Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 12 - 28035

Teléfono: 914934418,914933800

Fax: 914934420

JL

37051530

N.I.G.: 28.079.00.1-2017/0088527

Procedimiento Abreviado 976/2019

Delito: Abusos sexuales

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 44 de Madrid

Procedimiento Origen: Procedimiento Abreviado 1186/2017

SENTENCIA N° 63/2020

Ilmos. Sres. Magistrados

Dª Pilar Rasillo López

Dª Lourdes Casado López

D. Justo Rodríguez Castro (ponente)

En Madrid a seis de febrero de dos mil veinte

La Sección Veintinueve de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, ha visto los presentes autos del **PROCEDIMIENTO ABREVIADO N°: 976/2019**, dimanante de las Diligencias Previas n°: 1186/2017 del Juzgado de Instrucción n°: 44 de Madrid, seguido por el presunto delito de **ABUSO SEXUAL** contra el acusado D. Luis Andrés , de nacionalidad española, con D.N.I. n°: NUM000 , nacido en Bolivia el día NUM001 de 1967, hijo de Jesus Miguel y de Almudena , sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Dª. Paloma Alejandra Briones Torralba y defendido por la Letrada Dª. **Leticia Mena Mateos** (en sustitución de la Letrada Dª. Bárbara San Pedro Blanco), habiendo sido partes, el referido acusado y el MINISTERIO FISCAL representado por Dª. Cristina Valdueza Vega, en el ejercicio de la acción pública.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Las presentes diligencias se iniciaron en virtud de la denuncia formulada por D^a. Almudena , madre de la menor Felicísima ., en fecha de 19-5-2017 en las dependencias Unidad de Familia y Mujer (UFAM) de la Brigada Provincial de Policía Judicial (INV-G^oXXII) por un supuesto delito de abuso sexual sobre dicha menor, contra el denunciado D. Luis Andrés , instruyéndose el atestado n^o: NUM002 , que remitido al Juzgado de Instrucción n^o: 44 de Madrid, determinó la incoación de las Diligencias Previas n^o: 1186/2017, por auto de fecha 31-5-2017, practicándose los actos de averiguación y comprobación del delito que se estimaron oportunos, dictándose en fecha de 4-7-2017 auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, tras ser presentado por el Ministerio Fiscal escrito de acusación, se acordó la apertura del juicio oral por auto de fecha 17-5-2019 y una vez aportado el correlativo escrito de defensa se remitieron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid para su enjuiciamiento, correspondiendo por reparto a esta Sección 29^a, registrándose como Procedimiento Abreviado n^o: 976/2019, dictándose en fecha de 13-9-2019 auto de admisión de pruebas, señalándose para la celebración del juicio el día 11-12-2019, suspendiéndose el mismo, por la incomparecencia de la menor Felicísima ., de su hermana y de la madre de ambas citadas como testigos, fijándose como nueva fecha de señalamiento el día 20 de enero de 2020, llegado el cual se celebró el mismo, habiendo quedado grabado en soporte apto para la reproducción de sonido e imagen, que constituye el acta del juicio (arts. 146.2 LEC y 743.1 LECrim).

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual tipificado en el artículo 183.1 del Código Penal, del que es autor el acusado D. Luis Andrés , no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición de la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la pena de inhabilitación para profesión u oficio que conlleve contacto con menores por tiempo de ocho años y la medida de seguridad de libertad vigilada, con obligación de participar en programas de educación sexual y prohibición de aproximarse y de comunicarse con la víctima por el plazo de 5 años, debiendo de indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a Felicísima en la cantidad de 1.000 euros por los daños morales causados.

TERCERO.- La Letrada de la Defensa, en sus conclusiones definitivas, solicitó la absolución del acusado, por no haber quedado probados los hechos que se le imputaban, en base a los argumentos que constan grabados en el soporte digital que constituye el acta del juicio.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Resulta probado y así se declara que el acusado D. **Luis Andrés** - cuyas circunstancias personales constan reseñadas con anterioridad, que había sido profesor de la modalidad de BMX de bicicletas de la menor Felicísima , de 12 años de edad y a la que conocía por tal motivo, sobre las 17:30 horas del día 15 de mayo de 2017, al encontrarse a ésta en la parada del autobús donde se iba a dirigir a la Pradera de DIRECCION000 de Madrid, donde había quedado con sus amigas, se ofreció a llevarla en su vehículo, y una vez en el mismo, en el curso de la conversación entablada con la misma y tras preguntarla cómo besaba a los chicos, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales y cuando estaba parado en un semáforo, la acarició las manos y la dio un beso en los labios. Una vez que se bajó del vehículo, la menor llamó a su hermana y la contó lo sucedido, así como a las amigas con quienes había quedado, enviándole el acusado en ese mismo día unos mensajes por WhatsApp, diciéndola que no se mosquease y que sólo quería darla un beso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- (delito de abuso sexual) El artículo 183.1 del Código Penal contiene el tipo básico, al disponer que *"El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años"*, precepto introducido por la L.O. 5/2010, de 22 de junio y modificado por la L.O. 17/2015, de 30 de marzo que elevó la edad de protección a los 16 años redactado por la L.O. 1/2015 de 10 de marzo. En cuanto al bien jurídico protegido es la indemnidad sexual (GARCIA RIVAS); desde el punto de vista objetivo, el abuso sexual se caracteriza en la doctrina *"tanto por la ausencia de violencia o intimidación para realizar la acción sexual como por la falta de consentimiento del sujeto pasivo para la misma, bien sea porque no concurre (la víctima se opone, no presta su consentimiento o no puede prestarlo), bien porque es inválido o viciado"* (BOLDOVA PASAMAR), siendo irrelevante el consentimiento prestado por un menor de dieciséis años. Se trata de un *delito común* al poder ser sujeto activo cualquier persona, debiendo de ser el sujeto pasivo, al imponerle el tipo, un menor de 16 años. Respecto del aspecto subjetivo del delito de abusos sexuales, al igual que las agresiones sexuales, no se exige ningún elemento subjetivo (ORTS BERENQUER, QUERALT JIMENEZ), haciéndose la observación de que los abusos contemplados en el citado tipo básico *"resultan difíciles de distinguir sin valorar ese ánimo,*



pero no lo es menos que se exige como elementos del tipo que el objeto de la acción sean actos de contenido sexual -elemento objetivo-, el ataque al bien jurídico y el dolo de realizarlos, sin que sea preciso ningún elemento adicional" (TERRADILLOS BASOCO); así la jurisprudencia ha entendido que "no exige un elemento subjetivo distinto del dolo de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima. El dolo, en su significación más clásica significa conocer y querer los elementos del tipo penal. En otros términos, conocer que el acto realizado atenta contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, porque constituye un acto de inequívoco contenido sexual ejecutado sin su consentimiento, y querer, pese a ello, realizarlo. El tipo subjetivo de los delitos de agresión y abuso sexual lo que exige es el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que voluntariamente se ejecuta, y la conciencia de afectación del bien jurídico. Generalmente concurrirá también un ánimo tendencial consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, pero este ánimo no viene exigido por el tipo" (STS 411/2014, de 26 de mayo). En los delitos contra la libertad sexual, como es el de abuso sexual, se ha señalado que "la perspectiva de género no tiene una mención específica, a pesar de que, precisamente, es una de las manifestaciones más claras del ejercicio del poder de sojuzgamiento del hombre sobre la mujer" (PORRES GARCIA/SUBIJANA ZUNZUNEGUI), siendo en estos delitos donde se produce una exhibición más clara de la dominación masculina, cual es la que conduce a la cosificación sexual de la mujer (STS 32/2015, de 3 de febrero)

SEGUNDO.- (examen de la prueba I: Interrogatorio del acusado) El acusado D. Luis Andrés declaró que conocía a la menor de la escuela de BMX, que es una modalidad de ciclismo, que ella acudía dos o tres días a la semana, que desde 2014 a 2017 le dio clases, que dejó de ir a clase antes de los hechos, que el día 15-5-2017 llevaba a su hijo y tras dejarle vió que en la parada del autobús de la esquina del Planetario estaba Felicísima . la saludó y la dijo si quería que la llevase a donde iba, ella dijo que sí, iba a la pradera de DIRECCION000 , que el trayecto fue menos de cinco minutos, la llevó hasta la GLORIETA000 , que estuvieron hablando un poco de cómo la iba en el colegio, qué actividades deportivas hacía y también hablaron de las redes sociales porque ella publicaba fotos muy grandilocuentes, que después de dejar las clases la seguía viendo por el barrio y la saludaba, que no mantiene contacto por redes sociales ni por WhatsApp con los niños de la escuela, que alguna vez la ha saludado por Instagram, que también tenía buen trato con la familia de Felicísima , pues también dio clase a sus hermanos, que en ese trayecto ni acarició las manos ni besó en los labios a la menor, que después la mandó unos mensajes, que la escribió "no te mosquees, pero quería darte un beso", pero era en un tono cordial de amistad, que Felicísima . era amiga de su hijo, tenía mucha confianza, venía muchas veces a casa a comer, y él a la suya, viajaban, era una amistad casi paterno-filial, tuvo una relación sentimental con la madre que duró un año y ya había terminado cuando se encontró con la niña en mayo de 2017 y que mantuvieron en el anonimato, que ella le dijo en el coche que salía con muchos chicos y la preguntó cómo los besaba y ella respondió que los besaba de verdad, que la mandó un mensaje diciendo que estaba en casa, que ese día tuvo una conversación con WhatsApp con la menor, que el teléfono que tenía entonces es el actual NUM003 , que entiende que cuando la menor dijo eso estaría fabulando, que Felicísima . en una ocasión dijo que le gustaría que él fuera su padre.

TERCERO.- (examen de la prueba II: prueba testifical) 1) D^a. Felicísima . (de 15 años de edad en el momento del juicio oral) declaró que fue alumna de Luis Andrés le dio clases de BMX de bicicleta de 9 a 11 años, que dejó de dar clases en el 2016, que después de dos años le volvió a ver, que en otra ocasión se lo encontró por el barrio y hablaron, que tenían sus teléfonos y aparte hablaban por Instagram, que de vez en cuando le ponía que la echaba de menos, que le respondía a esos mensajes porque tenía una confianza de profesor-alumna, que siempre era él quien mandaba los mensajes, que el 15-5- 2017 estaba yendo a las fiestas de la Pradera y se lo encontró porque iba a coger el bus y él estaba en el coche montado, que la preguntó si quería llevarla a algún sitio, que le dijo que no tardaba nada y que ya cogía el bus, que la dijo que hacía mucho que no hablaban y le dijo que sí, que la llevó, fue un trayecto de unos 15 minutos, de la c/ DIRECCION001 a GLORIETA000 , que la estaba haciendo preguntas "cosas normales" que la dijo que él veía fotos suyas y que había crecido y cambiado, que pararían en tres semáforos y de repente en uno de ellos le preguntó si ya tenía novio, le respondió que no, que la preguntó cómo besaba ella a los chicos, tocándola las manos y la cara durante la conversación, que le dijo que con la boca, entonces dijo que él hacía así, se fue acercando y le dio un beso, que fue un "pico" porque se fue alejando, después de unos tres minutos llegó a donde tenía que llegar, que no sabía lo qué hacer, tenía 11 años y nunca había pasado por esto, que llamó a su hermana y se encontró con sus amigas con las que iba a ir y les contó todo el proceso, que ese mismo día le mandó unos mensajes por WhatsApp, que cree que esos mensajes los enseñó a la policía, que no fue con su hermana a denunciar por vergüenza o nervios, que luego fue con su madre y solicitaron una orden de alejamiento, que recuerda que un día fue a un Juzgado y la hicieron preguntas, que cree que no le contestó a los mensajes de Luis Andrés , eran amigos de Instagram, que en la actualidad no hablan; 2) D^a. Almudena (madre de la anterior), declaró que conocía a Luis Andrés por haber sido profesor de bicicleta de su hija, que después de que su hija Felicísima . dejó las clases le vieron en una ocasión cruzando la calle por ser vecinos del barrio, un saludo y nada más, que su hija es muy reservada con ella, se confía más a su hermana, que un día invitaron a Luis Andrés con su hijo a un cumpleaños de Felicísima



., no recuerda la fecha pero cree que fue mientras las clases, que se entera de los hechos del 15-5-2017 porque se lo cuenta su hija mayor el mismo día o por la mañana del siguiente, que acudió a la policía con Felicísima . a poner la denuncia, que ésta hija llevaba unos mensajes de audio y de WhatsApp, que su hija no se los enseñó porque se trata de temas que la dan mucha vergüenza, que en la Comisaría solicitaron una orden de protección, que no recuerda que el Juzgado les citara para ratificar esa orden, que sabe que una vez la llamaron por si su hija quería volver y ésta dijo que no quería "no estaba bien para ir", no quería volver para mover el tema, quería estar tranquila, que la preguntaron si quería un psicólogo, que la declarante hizo caso a su hija, que nunca le vió a Luis Andrés "muy normal", pero nunca imaginó tal cosa hasta este punto, tenía mucho cariño a su hija, pero no sabía muy bien qué tipo de cariño era hasta que descubrió el tema, que aceptaron su ayuda como profesor como cualquier familia que confía en su profesor, que su hija tenía dotes especiales para ese deporte y la quería dar una oportunidad, que él se comportó bastante bien como profesor y lo veía muy cariñoso pero tampoco pensó que iba a llegar a una cosa tan delicada como meterla en un coche e intentar besarla, que la declarante se quedó en shock y se puso muy mal, y su hija estaba muy bloqueada, llorando, que como madre comprende la sensibilidad de su hija y cuando esto llegó a este punto "le dio muchísimo asco", que no debería haber este tipo de relación nunca, que su hija no tiene fotos raras en ningún sitio, es una deportista; 3) D^a. Sabina (hermana de Felicísima .) declaró que recuerda que Felicísima . la llamó por la noche diciéndole que estaba muy asustada y nerviosa porque había tenido un encuentro con este señor y que había hecho cosas que para ella no eran normales, que la empezó a relatar todos los hechos, que primero la dijo que la empezó a preguntar cómo besaba a los chicos y si tenía novio, que la empezó a agarrar de la mano y que cuando se paró el coche en un semáforo cogió y la dio un beso en la boca, que la dijo que luego la mandó unos mensajes diciéndola que le había gustado mucho el beso y otros que no recuerda ahora, que no sabe si fue antes o después de las clases pero se acuerda de que en algún cumpleaños ha venido y lo han celebrado con el hijo de él, que cree que Felicísima . y Luis Andrés se hablaban por WhatsApp y por Instagram antes de mayo de 2016, que la relación de su hermana con Luis Andrés era cordial un poquito de amistad porque era un profesor muy bueno y su hermana le tenía aprecio, que nunca quedaban a solas, pero Felicísima . se iba con él a los torneos de BMX que tenían con otros niños, que Felicísima . solo suele poner sus fotos en Instagram, que se lo contó a su madre porque no podían hacer la denuncia sin su permiso, que acudió a la Comisaría con su hermana pero no la dejaron denunciar porque no es su tutora.

CUARTO.- (examen de la prueba III: prueba documental) En el plenario se procedió a la reproducción de tres mensajes de voz, aportados por la menor Felicísima . que el acusado D. Luis Andrés reconoció haber enviado a la anterior: 1) de 00:02 segundos de duración en el que se oye decir al acusado "No te mosquees, pero quería darte un beso". 2) de 00:01 segundos de duración, en el que dice "Estoy en casa". 3) de 00:03 segundos de duración en el que vuelve a reiterar "Que quería darte un beso" mensajes que además de su audición constan transcritos en el atestado (folio 42), constando la fotografía del pantallazo de los mensajes en el teléfono móvil (folio 45), apareciendo como número del teléfono de procedencia el NUM003 que fue reconocido por el acusado como suyo en su declaración efectuada en el acto del juicio oral

QUINTO.- (valoración de la prueba) Cuando se trata de delitos contra la libertad o indemnidad sexual, o en general de delitos relacionados con la violencia de género, que normalmente se cometen en la intimidad, motivo por el que en Probática Judicial son denominados como "*delitos clandestinos*" (NIEVA FENOLL), se hace necesario examinar con especial detenimiento, la declaración de la víctima cuando es la única prueba de cargo, la cual, siguiendo a la doctrina "*exige una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa*" (ETXEBERRIA GURIDI). Los elementos o argumentos que ha de reunir la declaración de la testigo/víctima, para que la misma sea válida como prueba de cargo, para destruir, por sí sola la presunción de inocencia, según la doctrina (CLIMENT DURAN) y la jurisprudencia, se resumen en los siguientes: "1º Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusado/víctima que pongan de relieve su posible móvil espurio de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, que puede enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de su convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes. Y aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina en forma categórica el valor de sus afirmaciones. 2º Verosimilitud del testimonio que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima, exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración puesto que como señala la STS de 12 de julio de 1996 , el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes del hecho. 3º Persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Esto significa que la declaración ha de ser: concreta y precisa narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar, coherente



y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes; y persistente en un sentido material y no meramente formal, es decir, constante en lo sustancial de las diversas declaraciones" (STS 28-12-2006); precisándose por la doctrina y jurisprudencia que en cuanto al primer requisito, los móviles o motivos espurios deben nacer de situaciones ajenas a las que originan los hechos, pues "iría contra la naturaleza de los sentimientos el exigir a cualquier víctima la solidaridad o indiferencia respecto de la persona causante del perjuicio" (STS 24-6-2000), en relación al segundo, consiste en "la constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalen lo que no es propiamente un testimonio, sino una declaración de parte, es decir sería la existencia de elementos que den veracidad a la declaración de la víctima, más allá de su propia palabra" (MERLOS CHICHARRO), esto es, "rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso" (IBÁÑEZ SOLAZ), 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" (SSTS de 5-6-1992, 11-10-1995, 17-4 y 13-5 1996 y 29-12 1997), y en lo que atañe al último, se concreta en "la constancia en la declaración de la víctima a lo largo del proceso penal, donde mantiene de forma reiterada la versión de los hechos en lo que se refiere a los elementos esenciales para formular acusación" (JIMENEZ SEGADO), lo que "puede ser compatible con que el relato no haya sido siempre y en todo momento idéntico milimétricamente, ya que es normal que existan modificaciones y alteraciones: lo relevante es que el núcleo central sea mantenido" (TARDON OLMOS), resultando evidente "que el análisis de su versión llevada a su dimensión más microscópica ofrecería con seguridad algún vacío puesto que es natural que cualquier narración reproducida varias veces mediando lapsus temporales entre unas y otras puede aportar, o silenciar, extremos que impidan su coincidencia milimétrica, pero lo decididamente de importancia es que la contradicción sea sobre extremos relevantes y no sobre aquellos accidentales" (PLANCHAT TERUEL), pudiendo ocurrir, "que de estos tres elementos alguno a algunos de ellos, en todo o en parte, no sea favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima y, sin embargo, el órgano judicial conceda validez como prueba de cargo a tal testimonio" (ALCAIDE GONZALEZ). En la misma línea la STS 172/2017, de 21 de marzo, recordaba que "La doctrina de esta Sala y el T. Constitucional señala la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, pero es necesario observar especiales cautelas por hallarnos ante un testimonio de singulares connotaciones. La jurisprudencia ha venido exigiendo un control sobre el testimonio de la víctima que permita aquilatar la veracidad o inveracidad de lo declarado. Estos parámetros son: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza. b) Verosimilitud, que se da cuando las corroboraciones periféricas abonan por la realidad del hecho. c) Persistencia y firmeza del testimonio". Finalmente, el Tribunal Supremo en la STS 247/2018 de 24 de mayo, puso de relieve el carácter de testigo cualificado de la víctima, introduciendo la "perspectiva de género" y así sienta lo siguiente "...la declaración de las testigos/víctimas es creíble, ya que aquí no se trata de que la declaración inculpativa provenga de un mero testigo, sino que viene de la víctima, que aunque tenga procesalmente la condición de testigo se trata de un testigo cualificado, porque es el sujeto pasivo del delito. Las víctimas presentan unas características especiales y autónomas en la consideración procesal de las mismas en su declaración en el plenario, y aunque la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito recogió una serie de derechos a éstas, y los reguló de forma autónoma, lo cierto es que olvidó considerar de forma específica y especial a las víctimas del delito, ya que se trata no solo de testigos que han visto los hechos, sino de víctimas que los <<han sufrido>>. Y en esa valoración, el Tribunal debe incidir en los parámetros que antes hemos señalado para apreciar si la víctima dice la verdad o falta de ella". Esta Sala para valorar la declaración de la víctima menor de edad Felicísima ha tenido en cuenta los parámetros señalados en la última sentencia citada: "a.- Escuchar la declaración de la víctima y no solo escucharla sino valorar sus expresiones. b.- la forma en la que contesta a las preguntas. c.- Las reacciones de la víctima a las preguntas de los abogados y el ministerio público. d.- La inexistencia de contradicciones ante determinadas preguntas que ya fueron hechas en sus anteriores declaraciones. e.- La expresión gestual de la víctima al declarar ante el tribunal". Así, se ha podido constatar:

1) La ausencia de incredibilidad subjetiva por la inexistencia de móviles espurios en la expresada testigo, tales como sentimientos de odio o resentimiento hacia el mismo o que sea producto de una fabulación como ha llegado a afirmar el acusado. En efecto, hay que destacar que tanto la menor como su hermana y la madre de la menor han coincidido en manifestar que tenía una buena relación con el acusado, derivada de haber sido su profesor en una determinada modalidad de ciclismo y que incluso el acusado con su hijo habían ido a comer a su casa, relación de amistad que asimismo ha sido reconocida por el propio acusado, teniendo ambos sus números de teléfono y conversando por WhatsApp e Instagram. La letrada del acusado dijo que lo que aquí había ocurrido fue un "alardeo" de la víctima en una conversación mantenida con su hermana, en un intento de presumir que había tenido algo con el profesor "guapo". Alegación que carece de prueba y que solo encuentra su justificación en un estéril intento de defensa. La llamada que la menor hizo a su hermana no buscaba pavonearse de su encuentro con el antiguo profesor, sino solicitar ayuda a su hermana ante el abuso del que había sido objeto. De ahí el nerviosismo y la preocupación que la hermana apreció en la menor y que les llevó a denunciar los hechos.



2) *La verosimilitud de su testimonio*, al haber sido corroborado A) por los testigos D^a. Sabina y D^a. Almudena, hermana y madre de Felicísima, respectivamente, cuyas declaraciones se han transcrito antes de forma sucinta, que dan un testimonio plenamente coincidente, relatando lo que a cada uno de ellos les contó la víctima en momentos distintos y de forma sucesiva, pudiendo apreciar la primera, que se encontraba muy asustada y nerviosa cuando, después de producidos los hechos, la llamó por teléfono, diciéndola que había estado con el acusado y que ésta había hecho cosas que no consideraba normales, haciéndola preguntas muy personales sobre cómo besaba a los chicos y si tenía novia, y que en un momento dado la había agarrado de la mano dándole un beso en la boca, habiéndose enterado su madre a través de esta última, personándose en la Comisaría de Policía con su hija C. Felicísima, y mostrando ésta los mensajes de audio y móvil que le había enviado el acusado, pudiendo apreciar el estado de afectación de su hija a consecuencia de estos hechos, viéndola bloqueada y llorando. B) Por la prueba documental consistente en los mensajes de voz remitidos por el acusado desde su teléfono NUM003 y que fueron reproducidos en el plenario, en los que se escuchaba "No te mosquees, pero quería darte un beso" "Estoy en casa", "Que quería darte un beso" los cuales son suficientemente explícitos, y que exceden del tono cordial de amistad con el que pretendió -en vano- justificar el acusado su significado.

3) *La persistencia en su declaración*, que la víctima Felicísima, ha mantenido en lo esencial con la prestada en sede instructora (folios 79 y 80), resultando su declaración el plenario coherente, al adolecer de contradicciones internas (*coherencia intrínseca*) y externas (*coherencia extrínseca*) refiriendo en ambas que el acusado tras preguntarla cómo besaba a los chicos y responderle que con la boca, éste, inesperadamente, la dio un beso en los labios, relatando la víctima, muy expresivamente, que tal hecho "no le pareció normal", que "no sabía qué hacer, tenía 11 años y nunca había pasado por esto".

El acusado D. Luis Andrés, en su Interrogatorio, dio una versión exculpatoria pretendiendo atribuir las manifestaciones de la menor a una fabulación, negando haberla cogido y acariciado las manos y haberla dado un beso en los labios, dando una interpretación inverosímil de los mensajes de voz que envió a la víctima ese mismo día, versión que se sitúa en el marco de su legítimo derecho de defensa, pero que ha quedado desvirtuada por el resultado de las pruebas anteriormente examinadas y valoradas; todo lo cual permite desvirtuar el principio de la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, procediendo la condena del acusado por el delito que se le imputaba por la acusación pública, con el grado de autoría o participación, penalidad y responsabilidad civil que se determinarán en los siguientes fundamentos jurídicos de la presente sentencia.

SEXTO.- (autoría y participación) Del delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 183.1 del Código Penal, es responsable, en concepto de autor, el acusado D. Luis Andrés, por haber realizado, la "la acción ejecutiva subsumible en el correspondiente tipo penal del delito" (ROXIN) o tener "el dominio del hecho" (JAKOBS), esto es, haber ejecutado directa y personalmente la acción descrita en el citado tipo penal examinado en el fundamento jurídico primero, al haber llevado a cabo un acto de inequívoco carácter sexual, dando un beso en la boca a una menor que en el momento de los hechos contaba con 12 años de edad.

SÉPTIMO.- (circunstancia atenuante: dilaciones indebidas) Concorre la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal de "dilaciones indebidas". Dicha circunstancia trae causa del derecho fundamental de "seguridad jurídica" (PECES BARBA), consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, a un proceso sin dilaciones indebidas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (SSTS 1239/2005 de 9 de noviembre, 535/2006, de 3 de mayo, 40/2009, de 28 de enero, y SSTC 133/1988, 140/1998 y 43/1999, entre otras) han venido estableciendo de forma reiterada que "la noción constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado", un concepto abierto que habrá de ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo siempre a criterios objetivos y pautados "mediante la aplicación a las circunstancias del caso de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico", la esencia de su verdadero significado ha de venir determinada por la estimación de que una justicia tardía equivale a una verdadera denegación de justicia, que todo proceso *per se*, precisa de unos márgenes para la ejecución de los sucesivos actos procedimentales que implica, pero dicho margen temporal nunca ha de ser extenso, excesivo, en suma *indebido*. La circunstancia atenuante de responsabilidad criminal de dilaciones indebidas (anteriormente aplicada como *analógica*) se halla prevista en el artículo 21.6^a del Código Penal (con "nomen iuris" propio desde la L.O. 5/2010), a cuyo tenor es circunstancia atenuante "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", atenuante "cuya positivación ha logrado evitar que, por la vía de la analogía, han sido tachadas de contrariar el principio de legalidad pero que, sin embargo no consigue soslayar el problema de su difícil fundamentación desde el punto de vista sustantivo al tratarse de un hecho completamente ajeno a la dinámica delictiva" (DOMINGUEZ IZQUIERDO), su fundamento radica en que el acusado "ha tenido un sufrimiento innecesario e injustificado a consecuencia de la excesiva duración del proceso ("poena naturalis"), es razonable compensar ese sufrimiento con una reducción de la pena de la parte de



culpabilidad ya pagada por la excesiva duración del proceso" (STS 27-12-2004); constituyendo los parámetros para su consideración los siguientes "a) la complejidad del litigio, b) los márgenes ordinarios de duración del proceso de las mismas características, c) la propia conducta procesal del litigante, d) el comportamiento del órgano judicial, y otros que participan como partes, entre los que debe incluirse al Ministerio Fiscal, e) la exigencia de la incoación de este derecho por el interesado para que el Tribunal impulse, si es posible, la tramitación paralizada" (STS 14-11-2007) , y de forma más resumida, indica que son requisitos para su apreciación: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado" (STS 279/2013 de 6 de marzo), llegándose a exigir "junto al dato objetivo de un plazo no justificado, se constate una efectiva lesión, bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena, que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada" (STS 28-4-2010); pronunciándose asimismo la jurisprudencia en el sentido de que "es necesario que se especifiquen por el recurrente los plazos de paralización que considera injustificados o las diligencias cuya inutilidad era evidente ya cuando se acordó su práctica" (STS 147/2013, de 27 de febrero). La ponderación del tiempo transcurrido "no puede ofrecerla sin más, la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado" (STS 11-4-2013), precisándose que "también el STEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos (STEDH de 28 de octubre 2003, caso López Solé y Martín de Vargas c. España) (STS 27-5-2013). Como regla general, esta circunstancia deberá aplicarse como atenuante simple "sin que el hecho de tratarse de dilaciones extraordinariamente prolongadas justifique su apreciación como atenuante muy cualificada, justamente porque el propio tenor literal del precepto deja claro que las dilaciones ordinarias no dan lugar a la aplicación de ninguna atenuante, y sólo las extraordinarias justifican la normal atenuación de la pena" (GOYENA HUERTA). Las dilaciones indebidas podrán considerarse como una atenuante muy cualificada en aquellos casos en que se aprecie una especial intensidad en los retrasos sin justificación en la tramitación de la causa o cuando su extensión se encuentre muy próxima a los plazos de prescripción establecidos en el Código Penal para el delito de que se trate, toda vez que ésta especial cualificación requiere "la concurrencia de una excepcionalidad o intensidad especial en el retraso de la tramitación de la causa" (STS 28-4-2010), o "un plus que ponga de manifiesto una realidad singular y extraordinaria en la duración del procedimiento" (STS 9-6-2011). En el presente caso, se observa que la causa no es compleja y que las únicas diligencias practicadas han sido la declaración del investigado practicada el día 31-5-2017 y la exploración de la menor Felicísima y de las dos testigos realizada el día 3-7-2017, dictándose al día siguiente el auto de acomodación de las Diligencias Previas al Procedimiento Abreviado, estando paralizada desde dicha fecha la causa para la realización de una prueba pericial psicológica que finalmente no se practicó -porque al citar los peritos a la menor, la madre, con buen criterio, les dijo que no estaba bien y que no necesitaba, ni quería ninguna pericial- hasta el 17-5-2019 en que se dictó el auto de apertura del juicio oral, remitiéndose la causa a esta Audiencia Provincial, tras haberse presentado escrito de defensa, donde tuvo entrada el 25-7-2019, paralización de un año y ocho meses, que merecen la apreciación de dicha circunstancia atenuante como simple u ordinaria y aunque la Defensa no la planteó, por constituir una vulneración de derecho fundamental, puede ser examinada y apreciada de oficio (STS 28-6-2017), con la consiguiente repercusión en la métrica penal.

OCTAVO.- (penalidad) En orden a la punibilidad, procede imponer al acusado D. Luis Andrés , las siguientes penas: A) Pena principal: la pena de *prisión* entendida como "la consecuencia jurídica del delito consistente en una privación de libertad, de duración continua, efectuada por regla general en un establecimiento penitenciario -aunque excepcionalmente en viviendas o centros extrapenitenciarios- y bajo un determinado régimen de actividades" (GRACIA MARTIN), que en el presente caso, partiendo de la pena en abstracto señalada en el artículo 183.1 del Código Penal (prisión de dos a seis años) la misma ha de fijarse en *dos años* -que su cifra mínima- al apreciarse la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas -antes examinada- y aplicar la regla 1ª del artículo 66.1 del Código Penal B) Pena accesoria "*impropia*" (MAPELLI CAFFARENA) prevista en el artículo 56.1.2º del Código Penal de *inhabilitación especial* para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, que comporta la privación del derecho de sufragio pasivo, y por tanto, del derecho de ser elegido para cargos públicos, todo ello durante el tiempo de la condena, habiéndose puesto de manifiesto por la doctrina que "*la previsión de dicha pena como accesoria de aplicación generalizada tiene que ver con la idea de la incompatibilidad -material no axiológica- entre condena a prisión y ejercicio de un cargo o empleo público*" (BOLDOVA PASAMAR). C) Pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea retribuido o no que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de prisión, pena que es de imposición obligatoria ("*en todo caso*") habiendo de fijarse la duración de la misma en cuatro años más que la pena privativa de libertad, al venirse dedicando el acusado a labores de enseñanza deportiva a menores, por la que conoce y selecciona a la víctima. D) Medida de seguridad de *libertad vigilada* que "*supone el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento*



por su parte de alguna o alguna de una serie de obligaciones y prohibiciones taxativamente enumeradas en el precepto" (SIERRA LOPEZ) de aplicación imperativa al tratarse de un delito grave (art. 192.1 C.P.) por un periodo de dos años y seis meses, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, con el contenido solicitado por el Ministerio fiscal, que se estima adecuado para inocular el peligro de reiteración delictiva del acusado a la víctima.

NOVENO.- (responsabilidad civil) Con carácter general, en orden a la responsabilidad civil, el artículo 109 del Código Penal 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"*, comprendiendo los mismos, según el artículo 110 del mismo texto legal sustantivo: *" 1º La restitución. 2º La reparación del daño. 3º La indemnización de perjuicios materiales y morales"*, siendo el daño *"aquella consecuencia del ilícito penal que es susceptible de reparación"* y el perjuicio *"aquella consecuencia del ilícito penal susceptible tan sólo de indemnización"* (BLANCO LOZANO), entendiéndose por la doctrina que la *fuerza de la obligación* no es el delito, sino el perjuicio (material o moral) mensurable causado por el mismo (TELLEZ AGUILERA), hallándose regida la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito por los principios de *"rogación"* y de *"congruencia"* (STS 365/2012, de 15 de mayo) así como por el principio de *"indemnidad"* (DIEZ-PICAZO), precisándose por la jurisprudencia que *"la responsabilidad civil nace del acto u omisión ilícita directamente porque comporta un daño civil <<per se>> atribuible al autor y al cómplice del hecho punible"* (STS 69/2013, de 29 de enero) y que *"las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil, aunque se ventilen en el proceso penal, continúan sujetas a las normas del ordenamiento civil. Es por ello que la vigencia de los principios dispositivo y de rogación determina la imposibilidad de que se conceda en la sentencia más de lo pedido por las partes"* (STS 608/2014, de 25 de septiembre). Asimismo por *daño moral* entendido como *"el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado"* (MARTIN CASALS), debiendo extenderse a indemnizar el daño moral producido a la misma y en este sentido como afirma la jurisprudencia *"cuando se trata de indemnizar daños morales, y frente a los de naturaleza material y física, económicamente evaluables, la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base que fundamenta el <<quantum>> indemnizatorio"* (STS 479/2012, de 13 de junio), procediendo fijar la cuantía de la misma en la suma de 1.000 euros solicitada por el Ministerio Fiscal, cantidad que resulta adecuada y ajustada a derecho, no constando que la víctima hubiera precisado asistencia psicológica por estos hechos.

DECIMO.- (costas) En materia de costas procesales definidas como los *"gastos ocasionados en el curso de un proceso"* (SUAREZ-MIRA), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal, las mismas *"se entienden impuestas por la Ley a los responsables criminalmente de todo delito o falta"*, debiendo comprender los conceptos expresados en el artículo 124 del mismo texto legal sustantivo, teniendo las mismas carácter procesal *"cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, la privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado"* (STS 890/2013, de 4 de diciembre), procediendo su imposición al acusado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debemos de condenar y **CONDENAMOS** al acusado **D. Luis Andrés** , ya circunstanciado, como responsable, en concepto de autor del delito de **ABUSO SEXUAL** tipificado en el artículo 183.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6ª del Código Penal, a la **PENA DE PRISIÓN DE DOS AÑOS**, con la accesoria de **INHABILITACIÓN ESPECIAL** para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e **INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CUALQUIER PROFESIÓN U OFICIO, SEA O NO RETRIBUIDO QUE CONLLEVE CONTACTO REGULAR Y DIRECTO CON MENORES DE EDAD POR TIEMPO DE SEIS AÑOS** y Medida de seguridad de **LIBERTAD VIGILADA POR UN PERIODO DE DOS AÑOS Y SEIS MESES** que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad (con obligación de participar en programas de educación sexual y con prohibición de aproximarse y de comunicarse con la víctima Felicísima .), y pago de las **COSTAS** procesales, y en concepto de responsabilidad civil deberá indemnizar a la perjudicada Felicísima ., en la cantidad de **MIL EUROS** (1.000 ?) con los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez firme, remítanse los particulares necesarios para su inscripción en el Registro Central de Delincuentes Sexuales regulado por el RD 1110/2015 de 11 de diciembre y artículo 2, apartado 3, letra f) del RD 95/2009, de 6 de febrero.



Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes, haciéndoles saber, de conformidad con lo prevenido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma no es firme, pudiendo interponer, de conformidad con lo prevenido en el artículo 846 ter 1 (añadido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre), recurso de **APELACIÓN** ante este Tribunal para su resolución por la **Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid**, en el plazo de los diez siguientes al de su notificación, conforme a lo prevenido en los artículos 790, 791 y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Expídase testimonio de esta resolución que se unirá a los presentes autos, archivándose el original en el Libro de Sentencias previsto en el artículo 265 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ