



Roj: **SAP MU 2080/2017 - ECLI: ES:APMU:2017:2080**

Id Cendoj: **30016370052017100333**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **25/09/2017**

Nº de Recurso: **20/2017**

Nº de Resolución: **173/2017**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **JOSE FRANCISCO LOPEZ PUJANTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00173 /2017

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 DIRECCION000

C/ ANGEL BRUNA, 21-8ª DIRECCION000)

Tfno.: 968.32.62.92. Fax: 968.32.62.82.

Equipo/usuario: ABC

Modelo: N83850 DIOR RECEPCION AUTOS CON PIEZAS Y EFECTOS COMPLETO

N.I.G: 30016 43 2 2014 0018319

Rollo: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000020 /2017

Órgano Procedencia: JDO. DE INSTRUCCION N. 3 de DIRECCION000

Proc. Origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0002795 /2014

Acusación: Noelia , MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: ALEJANDRO VALERA COBACHO,

Abogado/a:

Contra: Melchor

Procurador/a: REYES AZOFRA MARTIN

Abogado/a: JOSE HILARIO RODRIGUEZ GARCIA

SENTENCIA NÚM. 173

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCIÓN QUINTA (CARTAGENA)

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 20/2017.

ILTMO. SR. D. JUAN ÁNGEL PÉREZ LÓPEZ

ILTMO. SR. D. JOSÉ FRANCISCO LÓPEZ PUJANTE

ILTMO. SR. D. ENRIQUE DOMÍNGUEZ LÓPEZ

Magistrados

En Cartagena, a 25 de septiembre de 2017.



La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, compuesta por los Ilustrísimos Señores citados

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA 173

Vistos, en primera instancia, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilmos. Sres. expresados, el procedimiento abreviado nº 20/17, derivado de las diligencias previas seguidas con el nº 2795/2014 ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000, por un delito continuado de abusos sexuales, en el que han sido partes como acusación pública el Ministerio Fiscal, como acusación particular Dña. Noelia y D. Luis María, representados por el Procurador Sr. Valera Cobacho y asistidos del Letrado Sr. Moreno Vázquez, y como acusado D. Melchor, representado por la Procuradora Sra. Azofra Martín y asistido del Letrado Sr. Rodríguez García.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ FRANCISCO LÓPEZ PUJANTE, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el Juzgado de Instrucción número tres de DIRECCION000 se incoaron Diligencias Previas con el número 2795/2014, y practicadas las diligencias que el Instructor estimó oportunas para el esclarecimiento de los hechos, por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de acusación contra el referido acusado, por lo que con fecha de 11 de enero de 2017 se dictó Auto de apertura de juicio oral contra el citado acusado como posible autor de un delito de abuso sexual, por lo que, tras presentarse escrito de defensa, las actuaciones fueron elevadas a esta Audiencia, que ordenó la tramitación correspondiente, en cuyo curso, por auto de 7 de julio de 2017 se resolvió sobre la prueba propuesta por las partes y se señaló día para el comienzo de las sesiones del juicio oral, acto que tuvo lugar el día 20 de septiembre de 2017, con cumplimiento de las prescripciones legales.

Segundo: En el acto del juicio se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, interrogatorio del acusado, testifical, pericial, audición de la grabación unida a las actuaciones y dando por reproducida la documental obrante en autos, tras lo que el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones al calificar los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años previsto y penado en los artículos 183.1 y 74 del Código Penal (en la redacción anterior a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo), aunque añadiendo como calificación alternativa la de un delito continuado de abuso sexual de los artículos 181.1 y 2, y art. 74.1 y 3, del Código Penal (tras la reforma operada por L.O. de 26 de noviembre de 2003), solicitando la condena del acusado a la pena de cinco o tres años de prisión, respectivamente, y accesorias legales. La acusación particular se adhirió a dicha calificación en sus conclusiones.

Tercero: La defensa del acusado, solicitó la absolución.

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que el acusado Melchor, mayor de edad, titular del DNI número NUM000, sin antecedentes penales, procedió en varias ocasiones durante el verano del año 2009 a realizar, con ánimo libidinoso, tocamientos en el pene y testículos de Luis María, nacido el NUM001 -1998, que tenía once años de edad cuando los hechos se iniciaron en dicho verano; para ello, el acusado aprovechaba que la madre del menor lo dejaba a su cuidado cuando acudía al trabajo. Estos hechos se repitieron al verano siguiente, también en la piscina existente en la vivienda del acusado, en la que éste instaba al menor a bañarse desnudo, e igualmente en la vivienda donde residía éste último, aprovechando los momentos en que se encontraban solos, repitiéndose los tocamientos y masturbaciones que el acusado hacía al menor, instando a éste a que hiciera lo mismo con aquél.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Al inicio del acto del juicio planteó la defensa del acusado la nulidad de actuaciones (sin especificar, cuales o desde cuando) basada en que la instrucción de la causa se ha llevado a cabo sin realizarle notificaciones y sin darle traslado de la grabación incorporada a los autos.

Sin embargo, el Sr. Melchor se personó en las actuaciones con abogado y procurador mediante escrito de fecha 16 de enero de 2015, teniéndole por personado con dicha representación mediante providencia de 10 de febrero siguiente, momento a partir del cual, se le notifican todas las resoluciones que se dictan en el



procedimiento. Respecto de la grabación, ésta ya se había incorporado a las actuaciones con anterioridad, de modo que la defensa tenía a su disposición las actuaciones y haber tomado conocimiento de las mismas (también de la grabación) a partir de su personación, no siendo preceptivo que el Juzgado notificara al investigado todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo o incorporadas a los autos con anterioridad a la personación de aquél.

Segundo: En cuanto a la anterior declaración de hechos probados, la misma responde, en primer lugar y de forma fundamental, a la declaración del menor Luis María en el acto del juicio, que debe ser tomada por cierta teniendo en cuenta que coincide en lo esencial con lo declarado en fase de instrucción (persistencia en la incriminación), sin que se aprecien contradicciones en la misma; no concurre tampoco ánimo espurio o similar (incredibilidad subjetiva) que lleve a considerar la existencia de otros posibles móviles ajenos a lo que ocurrió; en este sentido, se ha aludido por la defensa a un posible móvil económico derivado de la indemnización que se solicita por daños morales o perjuicio psicológico, pero esto, no puede entenderse suficiente como para entender que existe dicho ánimo espurio, ni confundirse con éste, al menos, no sin que exista algún dato objetivo que avale esa hipótesis, entenderlo de otro modo supondría privar de credibilidad toda declaración de la víctima cuando ésta solicitara algún tipo de indemnización. Existen, además, otras pruebas y datos objetivos que corroboran la declaración de Luis María, como es, en primer lugar, el informe psicológico obrante en autos, del que resulta que el perito aprecia que "el relato aparece muy estructurado, probablemente influido por el paso del tiempo, el joven no ha entrado en contradicción y repite durante el relato ofrecido en líneas generales las declaraciones efectuadas anteriormente ... Ofreciendo lógica y características conocidas en estas situaciones", y por otra parte, aprecia características de la personalidad y conducta de la víctima (antisocial, tendencia a la impulsividad, fracaso escolar, predisposición a la delincuencia) que sugieren trauma anterior y podría estar en consonancia con los hechos expuestos".

Pero sobre todo, sirve de corroboración objetiva, y también de prueba de cargo independiente de la declaración de la víctima, la grabación obrante en autos y reproducida en el acto del juicio, en ella se aprecia claramente que el acusado (que no niega en el acto de la vista que sea su voz la que se oye) reconoció haber realizado los tocamientos de que se le acusa, aunque también se oye como niega otros hechos (como la masturbación). No puede entenderse, como alega la defensa, que dicha grabación fuera obtenida mediante coacción, en primer lugar, porque no se aprecia en la conversación una situación de violencia o intimidación tendente a dicho fin (obtener la confesión), aunque sí de tensión dados los hechos de los que se habla, pero es que difícilmente podía darse dicha coacción si se tiene en cuenta las características físicas de las personas que intervenían en dicha conversación, por una parte, la víctima de los abusos, su madre y, al parecer, la abuela o hermana de aquél, y por otra parte, el acusado, siendo éste de muy superior corpulencia, al menos, con relación a Luis María y a su madre; tampoco en el tono de voz del acusado se apreciaba una especial preocupación o temor por el mal que pudieran infligirle, sino, más bien, el deseo de terminar con una conversación que debía resultarle desagradable o embarazosa.

Tercero: Los anteriores hechos son constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales del art. 181.1 y 2 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, que se refieren a "1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare".

Y ello, por cuanto que el menor tenía once años en el verano de 2009 cuando se inician los tocamientos, y cuando cumple los trece años los hechos dejan de ser punibles, al no existir indicio alguno de que concurriera el engaño a que se refiere el art. 183.

Cuarto: No hay dudas en cuanto a la autoría, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Quinto: Sobre la pena a imponer y la posible aplicación de la continuidad delictiva, tal y como solicitan el Ministerio Fiscal y la acusación particular, debe aplicarse dicha continuidad teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, en particular, el lapso temporal en el que estuvieron ocurriendo los hechos y, por tanto, su reiteración, desde que en el verano de 2009 (cuando el menor tenía once años) hasta que en marzo de 2011 cumplió los trece años. En este sentido se viene pronunciando clara y reiteradamente la jurisprudencia (vid. SSTS 964/2013, de 17 de diciembre ; 210/2014, de 14 de marzo) que considera aplicable el delito continuado en supuestos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a una unidad de propósito



o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo (STS 1002/2001, de 30 de mayo), situación en la que no es fácil individualizar con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo (STS 1730/2001, de 2 de octubre).

Es decir, que debe aplicarse el delito continuado ante "...una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes (STS 18 Junio 2007)".

Esta reiteración, así como las consecuencias psicológicas a que se hace referencia en el citado informe pericial psicológico, nos llevan a optar entre la multa o la prisión previstas en el citado art. 181, por ésta última (prisión de uno a tres años), que llevada a su mitad superior (art. 74.1), abarca desde los veinticuatro a los treinta y seis meses, imponiéndole por la que se encuentra en la mitad del margen legal (dos años y seis meses).

Sexto: En cuanto a la responsabilidad civil, como ya se ha adelantado, los hechos relatados han producido una serie de consecuencias de carácter psicológico a las que ya se ha hecho referencia y que el citado informe describe al señalar que "La trayectoria psicológica del joven ha sido negativa durante estos años. Muestra un perfil de personalidad antisocial con tendencia a la impulsividad, fracaso escolar y predisposición a la delincuencia que sugieren trauma anterior y pudiera estar en consonancia con los hechos expuestos. En su desarrollo psicosexual aparece distanciamiento afectivo respecto a sus relaciones, conductas hipersexualizadas, aspectos que también indicarían una posible repercusión psicopatológica asociada". En la declaración prestada por la víctima en el juicio, este tribunal pudo apreciar lo difícil que resultaba a éste relatar lo ocurrido, fruto, sin duda, del daño ocasionado y que debe ser resarcido.

Mientras el Ministerio Fiscal cuantifica el daño en 1.000 euros, la acusación particular solicita la cantidad de 40.000 euros. Esta Sala, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean los hechos, y a las que ya se ha hecho referencia, así como también las indemnizaciones señaladas ante situaciones más o menos parecidas o similares, va a fijar la cantidad de 18.000 euros, más el interés legal a contar desde la fecha de la denuncia.

Séptimo: De conformidad con lo previsto en los artículos 239 y 240 LECr , procede imponer al acusado el pago de las costas causadas, incluyendo las de la acusación particular.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación,

FALLO

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a D. Melchor como autor de un delito de abusos sexuales previsto y penado en los arts. 74 , 181.1 y 2 del Código Penal , a la pena de dos años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la prohibición de aproximación y comunicación con Luis María por un periodo de cinco años, e inhabilitación especial por el mismo periodo para realizar cualquier profesión u oficio, sea retribuido o no, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, debiendo indemnizar al citado Luis María en la cantidad de dieciocho mil euros (18.000) más el interés legal de dicho importe a contar desde la fecha de la denuncia, imponiéndole igualmente el pago de las costas causadas incluyendo las de la acusación particular.

Notifíquese esta sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndose saber que, en virtud de lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la misma cabe interponer recurso de casación dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

Esta es nuestra sentencia, dictada en el Procedimiento Abreviado núm. 20/2017, lo acordamos, mandamos y firmamos.