



Roj: **SAP S 2087/2012 - ECLI: ES:APS:2012:2087**

Id Cendoj: **39075370032012100530**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **3**

Fecha: **05/07/2012**

Nº de Recurso: **15/2010**

Nº de Resolución: **381/2012**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **PAZ MERCEDES ALDECOA ALVAREZ-SANTULLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION TERCERA

CANTABRIA

ROLLO DE SALA, Nº : 15/2010.

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚM. 2 DE SANTANDER

SUMARIO NÚM. 2/2010

SENTENCIA Nº : 381 / 2012.

=====

ILMOS. SRES. :

Presidente :

D. AGUSTÍN ALONSO ROCA.

Magistrados :

Dª Paz Aldecoa Alvarez-Santullano.

D. ESTEBAN CAMPELO IGLESIAS.

=====

En Santander, a cinco de julio de dos mil doce.

Este Tribunal ha visto en juicio oral y público la presente causa, número de Rollo 15/2010, tramitada por el procedimiento Sumario Ordinario, instruido por el Juzgado de Instrucción nº2 de Santander con el Nº 2/2010, por delito de abuso sexual, contra **Valeriano** , mayor de edad y sin antecedentes penales, nacido el día NUM000 de mil novecientos ochenta y siete en Quito (Ecuador) y vecino de Santander, hijo de Nicolas y de Esmeralda , cuya solvencia o insolvencia no consta, con NIE Nº NUM001 y en situación de libertad por esta causa; habiendo sido partes en la misma el MINISTERIO FISCAL en la representación que ostenta del mismo la Ilma. Sra. Dña. Begoña Abad, sin que haya acusación particular constituida; el procesado, representado y dirigido por la procuradora Sra. Lucio de la Iglesia y Sra. Aragón de la Parte, respectivamente.

Es Ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Magistrada de esta Sección Tercera, Dña. Paz Aldecoa Alvarez-Santullano, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO : La presente causa se inició por el Juzgado de Instrucción nº1 de Santander indicado en el encabezamiento de esta sentencia, tramitándose el procedimiento correspondiente, por las normas del Sumario Ordinario, y se remitió a este Tribunal, acordándose la celebración del Juicio Oral, que tuvo lugar en esta sede el presente día cuatro de julio, quedando la causa vista para Sentencia.

SEGUNDO : El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas efectuadas oralmente en el acto del juicio, calificó los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de abusos sexuales del art.182; 1 y 2 del Código Penal en relación con el art.181, párrafo 3 del art.180-1 todos ellos del Código Penal anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 10/2010); y reputando autor del mismo al acusado sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal solicitó que se le impusiera la pena de siete años de prisión; accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de acuerdo con el art.56,1,2º, y pago de las costas procesales, debiendo indemnizar en concepto de responsabilidad civil a Guillerma en la suma de 6.000 euros por los daños morales, con interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO: En igual trámite, la defensa del procesado solicitó la libre absolución.

CUARTO: En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

UNICO : Han resultado probados y así se declara los siguientes hechos:

En fecha 8 de mayo de 2010 el procesado Valeriano , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, en hora no determinada con exactitud pero rondando la media noche se encontró en un lugar próximo a las Estaciones de Santander a la menor Guillerma , nacida el día NUM002 - 97 con quien había concertado una cita y con quien había mantenido previos contactos por medio de la red social Twenti y, desconociendo la edad de la menor, mantuvo con ella y con su aquiescencia relaciones sexuales con penetración vaginal.

Guillerma presenta un desarrollo físico y una apariencia personal compatible con una edad superior a la real.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : De la prueba practicada en el presente procedimiento, con especial atención a las declaraciones del procesado y la testifical de la menor, así como teniendo igualmente en cuenta el testimonio de Dña. María Teresa técnico educadora del Gobierno, constan plenamente probados los hechos descritos como tal en el relato fáctica anterior.

Consta pues plenamente probado, y así lo admite tanto el procesado como la menor la realidad de las relaciones sexuales mantenidas con penetración vaginal entre el procesado y la menor, el consentimiento de ésta y, finalmente que su edad no excedía en el momento de los hechos de los doce años. Consecuentemente y en principio, lo hechos serían constitutivos del delito del art.182.1 en relación con el art.181 y párrafo 3 del art.180 todos ellos del Código Penal anterior a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010.

El primero de los preceptos mencionados dispone: "1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a 10 años", mientras que el segundo de ellos establece lo siguiente: " 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" añadiendo en su número segundo: " 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".

Con arreglo a los hechos declarados probados, es indudable que en principio los hechos serían constitutivos de un delito de abuso sexual, ya que consta realizada la acción típica de acceso carnal por vía vaginal y no medió consentimiento válidamente prestado puesto que Guillerma no había cumplido aún los trece años y la ley no reconoce validez a esta conformidad por no haber alcanzado el límite mínimo de edad.

SEGUNDO: Dicho lo anterior, nos encontramos con actos que afectan a una menor de trece años, cuyo consentimiento se tiene legalmente como inexistente art. 181.2 CP ya que, independientemente de que esta acepte o no el mismo se considera legalmente viciado por las naturales limitaciones de la edad para querer y conocer la trascendencia del acto sexual y por la especial vulnerabilidad que para tales relaciones tienen tales menores.



Pues bien, desde esta perspectiva es claro que el dolo del sujeto activo necesariamente debe comprender la edad de la persona con la que mantuvo el contacto sexual, lo que conduce a plantear la posibilidad de error en un elemento del tipo objetivo del injusto.

El artículo 14 del CP establece, respecto del error, lo siguiente "...

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.*

3. *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".*

Se trata, de los denominados *error de tipo*, que afecta a un elemento esencial de la figura penal y está referido a la tipicidad; y del *error de prohibición*, consistente en la creencia de obrar lícitamente, que se refiere a la culpabilidad (STS de 10.7.1992).

En este ámbito, es necesario plantear si en el presente caso se está ante un error de tipo o ante un error de prohibición.

En relación con tal cuestión conviene tener en cuenta la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo (entre otras, de 14 de julio de 2004 que interpreta los preceptos citados, señalando lo siguiente: "... *la irrelevancia del posible consentimiento no constituye una circunstancia agravante del tipo del art. 181, 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.181, 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 de una víctima menor de trece años y por tanto el error sobre la edad es relevante cuando la víctima menor de trece años haya expresamente consentido*". En idéntico sentido la Sentencia el Tribunal Supremo Sala segunda de 14 de diciembre de 2007 o las de las Audiencias provinciales de Castellón Sección Primera de 24 de octubre de 2011 y la de la Audiencia Provincial de Asturias sentencias de 9 de marzo de 2004 y de 2 de abril de 2009

Pues bien, tal como la Sala ha podido apreciar merced a la inmediación, la menor Guillerma tiene una apariencia física que excede de la que es propia de una niña de su edad tanto por su desarrollo físico como por su vestuario y actitudes personales. Ciertamente la Sala lo ha apreciado en el momento presente, dos años después de ocurridos los hechos; pero, que esta circunstancia era la misma en el año 2010 resulta indudable ya no sólo por lo mantenido por el procesado sino y, fundamentalmente de la declaración de Dña. María Teresa , educadora del Gobierno de Cantabria quien la conoció en esa época por haber ostentado durante una época dicha Entidad su tutela (resolución de fecha 4 de junio de 2010) y quien contundentemente ha señalado que en aquella fecha la niña tenía una apariencia similar a la actual aparentando ser mayor de la edad que tenía próxima a los trece años.

Dicho esto, han de tenerse en cuenta cuales eran el contexto en el que se produjeron los hechos. El procesado, si bien mayor de edad aparentaba por sus circunstancias físicas una edad bien próxima a la de la propia menor. Si bien es cierto que de la prueba practicada especialmente, de las propias manifestaciones de ambos consta que antes del día de los hechos ellos ya habían mantenido un contacto previo; éste se desarrolló fundamentalmente a través de la red social Twenti y se circunscribió a contactos esporádicos sin que resulte que se tratara de una relación estable ni mucho menos aún profunda. En cualquier caso y como es de general y común conocimiento la apertura de una cuota en dicha red social es exigente de una edad mínima de catorce años. Según ha manifestado la menor en el acto del juicio, ella en su perfil indicó que tenía 15 años, extremo que corroboró la también menor, amiga de aquella y usuaria de dicha red Nuria . Ciertamente la posibilidad de falsear tales datos es evidente; pero que ello pueda ser así, no implica que quien entable contacto con otra persona a través de tales redes sociales deba necesariamente dudar de la veracidad de lo allí indicado; más aún en casos como el presente en el que es la propia menor quien, como ella reconoce, indica expresamente y personalmente y de palabra que su edad es la de dieciséis años. Si a esto se aúna que su apariencia física es compatible con esa edad e incluso con una edad superior y que sus circunstancias físicas no se compadecen con las de una niña de doce años, la conclusión de que el procesado desconocía por completo cual era su auténtica edad y que no sabía que no había cumplido aún los trece años es de todo punto evidente.

Por otra parte el conocimiento que tenía el procesado respecto de la situación personal de Guillerma era limitado y muy relativo, circunscrito a escasos contactos en los que no tuvo conocimiento ninguno ni de las



aficiones de la menor ni de curso escolar concreto al que iba y ni siquiera de sus circunstancias familiares. Así lo ha mantenido la propia menor corroborando de este modo lo dicho por el procesado.

Así, pues, todos los indicios disponibles acreditan que el procesado desconocía la verdadera edad de la víctima, y concretamente que esta fuese menor de trece años. Desde luego, tal representación de la edad aparente como la verdadera es de todo punto lógica con base en las circunstancias mencionadas y expuestas.

Aprueba la Sala, en conclusión que concurre el denominado error de tipo, entendiéndolo que lo es su modalidad de invencible dado que en el contexto y las circunstancias en las que se desarrolló el contacto, teniendo también en cuenta que el encuentro se produjo alrededor de la media noche momento temporal en el que no es propio que una niña de doce años se encuentre en la calle, no había dato ninguno que pudiera alertar al procesado para que se cerciorara de la edad de la menor que sólo podía haber conocido con exactitud mediante su identificación con el DNI (que visto que tenía menos de 14 años ni siquiera tenía obligación de tenerlo) no pudiendo serle exigible que actuara en tal sentido.

En consecuencia, el error de tipo existente ha de calificarse como invencible, pero aún cuando se reputara que hubiera sido vencible por cuanto que el procesado hubiera actuado sin hacer todo lo posible para cerciorarse de la edad de la víctima y, por ende, desvanecer el error sobre un elemento del tipo; incluso en tal supuesto procedería la absolución.

Y ello porque conforme al art. 14,1 en caso de que el error fuera vencible la infracción en su caso sería castigada como imprudente y en tal caso es aplicable la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual en los casos en que un delito no se sancione expresamente con la forma imprudente, no cabe punición del error de tipo vencible, pues el art.12 del Código penal excluye la pena en estos casos. Dicho de otro modo, cuando la regulación de los delitos contra la libertad sexual no prevé la forma comisiva culpable como ocurre en este caso (STS del 26-3-1999), sólo cabe un pronunciamiento absolutorio dado que y conforme lo dispuesto en tal sentencia " *la concurrencia de un error de tipo vencible excluye la existencia de dolo y, por tanto, conduce a la sanción del hecho con la pena prevista para el delito imprudente. Sin embargo, en los casos en que un delito no se sanciona expresamente en forma imprudente -es decir, se sanciona sólo si se ha cometido con dolo- no cabe la punición del error de tipo vencible, pues la cláusula del artículo 12 excluye cualquier pena en estos casos («numerus clausus»).* En otras palabras: cuando un delito sólo se sanciona en forma dolosa, cualquier error de tipo -aun vencible- excluye la pena".

En consecuencia, y por todo lo expuesto procede absolver al procesado del delito por el que fue procesado.

TERCERO : En cuanto a la indemnización por daño moral que el Ministerio Fiscal solicitó, la exención de responsabilidad penal no implica que el procesado no deba hacer frente a las responsabilidades civiles correspondientes, a las consecuencias dañosas o perjudiciales derivadas del hecho, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 118 del Código Penal.

Sin embargo valorando el conjunto de circunstancias concurrentes, la naturaleza consentida de la relación sexual por parte de la menor, la incidencia de su comportamiento, la ausencia de cualquier alteración psicológica o afección psíquica en la menor a resultas de tales hechos, y finalmente la nula incidencia que este hecho le ha producido en su desarrollo, la Sala estima en conciencia que no es procedente fijar indemnización ninguna.

CUARTO : Las costas de conformidad con los artículos 116 y 123 del Código Penal han de ser declaradas de oficio vista la absolución por el delito por el que había sido procesado.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida por la Soberanía Popular y en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS :

Que debemos absolver y absolvemos al procesado Valeriano del delito de abusos sexuales por el que había sido procesado con todos los pronunciamientos favorables y con declaración de oficio de las costas causadas

Esta Sentencia no es firme. Contra la misma puede prepararse *recurso de casación* ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro de los CINCO DIAS siguientes al de la última notificación de la Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/



PUBLICACION : Leída y publicada que ha sido la presente sentencia en audiencia pública por el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente que la suscribe en el día de la fecha, doy fe yo el Secretario.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ