



Roj: **SAP GR 1744/2019 - ECLI:ES:APGR:2019:1744**

Id Cendoj: **18087370022019100286**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **2**

Fecha: **27/08/2019**

Nº de Recurso: **56/2018**

Nº de Resolución: **324/2019**

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

Ponente: **JOSE REQUENA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

**( SECCION SEGUNDA) ROLLO DE SALA JUICIO ORAL Nº 56 / 2018 JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 2 DE GRANADA PROCEDIMIENTO SUMARIO Nº 1/2018 VIOLENCIA DE GENERO EN NOMBRE DE S. M. EL REY** la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial de Granada dicta la siguiente :

### **SENTENCIA Nº 324 / 2019**

**ILTMOS. PRESIDENTE D JOSÉ REQUENA PAREDES MAGISTRADOS D<sup>a</sup> AURORA GONZALEZ NIÑO D. JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ JIMÉNEZ**

En la ciudad de Granada, a veintisiete de agosto de dos mil diecinueve.

Visto por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada en Juicio Oral y público la causa Nº 56/2018 dimanante del Procedimiento por sumario Nº 120/18, instruido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 2 de Granada seguido contra el acusado D. Romulo nacido el NUM000 de 1990 hijo de Rubén y de Ramona con domicilio en DIRECCION000 (Granada) C / DIRECCION001 nº NUM001 con DNI Nº NUM002 - con antecedentes penales y en prisión preventiva por esta causa, los días 7 y 8 de febrero de 2017 y desde del uno de septiembre de 2017 de manera ininterrumpida hasta y en cuya situación continua. Está representado por la procuradora Sra. Luque Díaz y defendida por la letrada Sra. Bautista Reina. Son partes acusadoras el Mº Fiscal representado por la Ilma. Sra. Titos Arriaza, en ejercicio de la acción penal pública y la acusación particular ejercida por Dª Virtudes , en representación de su hija menor de edad, María Luisa , representada por la procuradora Sra. Rodríguez, Entrena, asistida por el letrado Sr. López García de la Serrana. Es ponente el Magistrado D. José Requena Paredes, que expresa la decisión del Tribunal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que instruida las presentes diligencias por el Juzgado de de Violencia sobre la Mujer Nº 2 de Granada en su momento se dictó auto de procesamiento contra el reseñado y fueron remitidas las actuaciones a esta Sección Segunda Audiencia de Granada el 31 de julio de 2018 y aprobada la conclusión de los autos y solicitada la apertura del juicio oral el Ministerio Fiscal emitió escrito de conclusiones provisionales, calificando los hechos como constitutivos de los siguientes delitos: **a)** delito de asesinato en grado de tentativa del art. 139.1 y 1º 1 140 del Código Pena, **b)**; dos delitos de abuso sexual del art. 183.1 y 3 del mismo Código; **c)** **.- Un delito de contacto con menor de 16 años a través de Internet con fines sexuales del art. 183 ter 1 del Código Penal , d) - Un delito de embaucamiento para facilitar material pornográfico a una menor de edad del art 183 ter 2 Código Penal . Y e) Un delito continuado de quebrantamiento de medida del artículo 468.2 y 74 del Código Penal.** Del que sería autor el acusado, Romulo , solicitando, concurriendo las penas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, de reincidencia del art. 22. 8 del Código penal, respecto al delito continuado de quebrantamiento, así como las agravantes de parentesco del art 23 y 22.4 de genero respecto del delito intentado de asesinato.

Por la acusación particular, se calificaron provisionalmente los hechos como constitutivos de los cinco mismos delitos que imputa la Fiscalía añadiendo la comisión de un delito el delito de agresión sexual del art 180.2 del



Código penal de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y por un delito de detención ilegal del art 163 del Código Penal por el que solicitaba la pena de seis años de prisión e inhabilitación especial durante el tiempo de la condena y prohibición de acercamiento y comunicación con la menor durante otros tres años y alternativamente de considerarse cometido un delito de coacciones del art 172.1 , se solicitaba la pena de tres años de prisión y la misma prohibición de acercamiento e incomunicación por tiempo de dos años. En concepto de responsabilidad civil se solicitaba la condena del acusado a indemnizar a la víctima en la suma de 1.115. 259,56 euros. **SEGUNDO.**-Decretada la apertura del juicio oral se señaló la celebración del juicio que se desarrolló los días 30 y 31 de mayo y 3 de junio de 2019 en que estaba previsto compareciendo las partes y tras la práctica de las pruebas propuestas la acusaciones pública y particular modificaron sus respectivas conclusiones provisionales emitiendo un escrito acusatorio conjunto que quedó unido al Rollo de Sala y al que mostró su adhesión la defensa del acusado tanto por los delitos como a las penas solicitadas por cada uno de los de ellos que fueron objeto de la calificación definitiva objeto de acusación en los términos que se pasan a señalar y del que es responsable el acusado Romulo y en concreto como autor de Un delito de **Asesinato en grado de tentativa** del art 139.1.1º y 140. 1.1ª, en relación con los artículos 16.1 y 62 del Código Penal y artículo 70.4 del mismo texto Legal, concurriendo las circunstancias agravante de parentesco del art. 23 del mismo y la agravante de género, se solicita la pena 25 años y un día de prisión. Inhabilitación absoluta y accesoria. Y prohibición de acercarse a la víctima María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 31 años. Como autor criminalmente responsable de un delito de **abuso sexual continuado** del artículo 183.1 y 3 del Código Penal y 74.3 del mismo Código Penal. la pena de 12 años de prisión. Y de prohibición de acercarse a la víctima María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 13 años. Como autor igualmente de un delito de **contacto con menor de 16 años a través de Internet con fines sexuales** del art. 183 ter 1 del Código Penal. a la pena un año de prisión, Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena. Y prohibición de acercarse a la víctima María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 3 años. Como autor de un delito de **embaucamiento para facilitar material pornográfico a una menor** de edad del art 183 ter 2 del Código Penal, se solicita la pena 6 meses de prisión; Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena. Y prohibición de acercarse a la víctima María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 3 años. Y finalmente como autor de un **delito continuado de quebrantamiento de medida** del artículo 468.2 y 74 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia a la pena de un año de prisión. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante un año posterior al del cumplimiento de la condena de prisión. En concepto de responsabilidad civil conforme al art. 109 del Código Penal, El acusado deberá en vía de responsabilidad civil derivada de los delitos, indemnizar a la menor María Luisa , en la cantidad de **836.444,67 euros** por los graves perjuicios causados por los delitos. Tras los informes emitidos y concedida la última palabra al acusado quedaron los autos para dictar sentencia. **TERCERO.**- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales. Salvo el plazo para dictar sentencia .

## HECHOS PROBADOS

º.-Este Tribunal considera proado que el acusado D. Romulo el día 2 de enero de 2017 y a través de la red social Facebook, guiado por el deseo de satisfacer sus deseos libidinosos, consiguió contactar con la menor María Luisa , que en aquella fecha tenía 14 años de edad, iniciando con ella una relación a través de dicha red social que tenía por objeto llevara cabo un encuentro sexual. María Luisa en el transcurso de esas conversaciones le reveló su edad real, mientras que el acusado, pese a tener 26 años, le dijo a María Luisa que tenía 17, aunque después le manifestó tener 20 años. En esta situación , el acusado consciente de la edad de María Luisa y tras quedar con ella en un Centro Comercial el día 4 de enero de 2017 -donde se conocieron personalmente- comenzaron a conversar por teléfono móvil en los días sucesivos.. Y, en este contexto amistoso, a requerimiento del procesado, la menor comenzó a remitirle fotos de contenido erótico que ella misma se hacía, en las que exhibía de forma explícita las partes íntimas de su cuerpo, remitiendo así mismo el procesado a la menor María Luisa fotos de similar contenido en las que mostraba su pene, fotografías que el procesado conservó en su teléfono móvil..

º.- Tras quedar varias veces para verse en la calle dieron inicio a una relación de tipo sentimental, y convinieron ambos que podían mantener relaciones sexuales en la casa de la menor aprovechando la ausencia de la madre. En este contexto, y siendo conocedor el procesado de la menor edad de María Luisa , los días 6 y 7 de Febrero



de 2017, el acusado y la menor mantuvieron relaciones sexuales completas, con penetración de la menor por el acusado por vía vaginal, anal y bucal, sin empleo de fuerza física o admonición de ningún tipo. El día 7 de febrero de 2017 y tras haber realizado el acto sexual, fueron sorprendidos por la madre en el dormitorio de esta quien dio aviso a la policía interponiendo denuncia por estos hechos, incoándose, diligencias penales en el Juzgado de Instrucción 2 de Granada, Diligencias Previas 665/17, en las que se acordó con fecha 8 de febrero de 2017 una medida de alejamiento para impedir que el acusado se acercase a María Luisa a menos de 200 metros durante la instrucción de la causa. Pese a dicha orden de alejamiento el acusado y María Luisa continuaron viéndose, interponiéndose denuncia por ello que dio lugar a una condena por quebrantamiento de medida de fecha 7 de marzo de 2018, relativa a un incumplimiento de fecha 1 de marzo de 2017. Pese a dicha condena, el acusado y la menor continuaron hablando y viéndose, quedando a través de las redes sociales Facebook e Instagram para concertar los encuentros. l

3º En el transcurso de esta relación la menor María Luisa comenzó a sentirse incomoda, al descubrir el carácter excesivamente celoso y controlador del acusado, lo que la llevó durante el mes de agosto a participarle que no deseaba continuar con dicha relación. En este contexto de ruptura el acusado insistió en que continuaran, y concertó una cita con ella el día 29 de agosto de 2017 para verse en las inmediaciones del edificio donde trabajaba la madre de María Luisa, sito en la CALLE001. Una vez que se vieron, comenzaron a caminar, dando varias vueltas por una zona que la menor no conocía, continuando el acusado en su insistencia de que tenían que retomar la relación, hasta que finalmente la agarró del brazo y la introdujo a la fuerza en una casa en construcción que conocía Romulo sita en el nº NUM003 de la CALLE002 de Granada, agarrándola de un brazo hasta la habitación más pequeña de la casa y con menos ventanas para asegurarse que nadie los escuchara, intimidándola y arrinconándola en una esquina, interponiéndose frente a ella para que no pudiera salir. Una vez allí el acusado retomó la conversación sobre la reanudación de la relación, y sacó una navaja de ocho centímetros de hoja, diciéndole que si no volvía con él se mataba, llegando a tirarla al suelo, rajándole los pantalones para bajárselos y poder comprobar si había estado o no con otros hombres propinándole un fuerte golpe en la cabeza para poder realizar dicha acción. Ante ello María Luisa, atemorizada, le dijo que estaba con otro, creyendo que de esta forma la dejaría irse; pero, lejos de eso, el acusado, se enfadó aún más. Nuevamente le dijo María Luisa que no era cierto lo que acababa de decirle, que ella no estaba con nadie; pero el acusado le dijo "cállate zorra" realizándole tocamientos de contenido sexual y dándole puñetazos en la cara. El procesado se sacó sus genitales mientras le profería frases como "me voy a correr dentro para dejarte preñada...", continuando preguntándole si tenía relación con otra persona diferente a él, para acto seguido, guiado por el evidente deseo de acabar con la vida de María Luisa, comenzar a apuñalarla con la navaja que portaba el procesado, aprovechando que ella se encontraba tirada en el suelo, aturdida, asustada y sin posibilidad de defenderse, actuando el procesado con notable desprecio por su condición de mujer, sujetándola con la otra mano para evitar que se defendiera.

Acto seguido abandonó el lugar, dejando allí a la menor privada de sentido y en estado agonizante, hasta que fue encontrada en tomo a las 07:00 horas de la mañana por unos vecinos de la calle que escucharon su petición de auxilio. -4º En el transcurso de dicha acción, el procesado apuñaló a María Luisa en la barriga, en el pecho, en el cuello, en la espalda, asestándole hasta un total de 26 puñaladas, (6 en región abdominal, 1 en raíz del muslo derecho, 13 en la espalda y 6 en región posterior del cuello) sujetándola mientras con la otra mano para evitar los intentos de la niña de levantarse, perdiendo ésta el conocimiento. De modo que tras agredirla físicamente la abandonó en dicho lugar donde quedó tendida desangrándose, perdiendo María Luisa la consciencia a consecuencia de dicha agresión. La agresión referida, según el parte inicial hospitalario y del informe médico forense, causó entre otras lesiones, perforación puntiforme de 3 mm en intestino medio, perforación de 3-4 mm en cara anterior de estómago, rotura diafragmática de 5- 6 mm en región posterior de bazo; neumotorax bilaterales de gran cuantía con dos heridas penetrantes en pulmón que condicionan contusión pulmonar, laceración esplénica con neumoperitoneo, perforación diafragmática con hemiación de tipo graso a cavidad torácica y neumoperitoneo en cantidad considerable y de distribución libre; y a nivel craneal, lesión hipodensa en parietal derecho y pseudoaneurismas a nivel de bulbo carotideo. Dichas lesiones, según dictaminó el informe forense, supusieron un riesgo evidente para la vida de la menor. El periodo de curación de las lesiones corporales o incapacidad temporal, fue de 206 días de los que 7 días lo fueron en situaciones clínicas muy graves y sometidas a una intervención quirúrgica; 12 días en situación clínica grave y otros 187 días con limitaciones moderadas. Las secuelas que padece la víctima, se concretan en las siguientes :Un perjuicio estético, por las 26 cicatrices. Síntomas compatibles con DIRECCION003 / DIRECCION004 . . DIRECCION005 . DIRECCION006 . DIRECCION002 grave. Daño moral por perjuicio psicofísico .Daño moral por perjuicio estético. Por otro lado la menor ha sufrido como consecuencia directa de los hechos sufridos un perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares .En este sentido, tanto María Luisa y su madre, doña Virtudes, se han visto obligadas a modificar sus vidas, saliendo de su domicilio y ámbito geográfico, laboral y académico en beneficio de la salud mental de la menor, circunstancias que se han visto gravemente alteradas al tener que atender a las múltiples y distintas sesiones de rehabilitación de



las distintas habilidades físico-psíquicas de la menor, que se han visto desgraciadamente afectadas y que han dejado secuelas a la misma, que necesariamente afectarán a María Luisa mermando su capacidad, no solo a nivel personal, sino también laboral y social durante toda o buena parte de su vida..

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Del delito de contacto con menor de 16 años a través de Internet con fines sexuales** del art. 183 ter 1 del Código Penal. La precursora STS 93/215 de 24 de febrero de 2015 enjuiciando hechos anteriores a la Reforma del Código Penal por L.O. 1/2015, de 30 de marzo plenamente aplicables a los dos primeros delitos cibernéticos imputados al acusado ya advertía que el desarrollo de Internet como medio de comunicación y el auge de las redes sociales para analizar estos contactos interpersonales ha sido aprovechado por delinquentes sexuales para ampliar sus actividades delictivas. Este acceso y relación temática entre agresor y sus víctimas menores de edad como medio, entre otros, para lograr la elaboración de pornografía infantil ha sido una constante preocupación en la comunidad internacional, que llevó a principios de este Siglo a la elaboración de distintas normas orientadas a concienciar a los Estados de la necesidad de reprimir en protección de la infancia la pornografía de menores y este desafío debe ponerse en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta a niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía hecho en Nueva York, el 25. De mayo 2000, y el Convenio sobre Ciberdelincuencia, firmado en Budapest el 23. Noviembre de.2001.

Así mismo, la Decisión Marco 2004/68 JAI del Consejo de Europa de 22-12-2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, sin llegar a abordar de manera expresa la cuestión, dejó señaladas un listado de infracciones en las que dentro de las relativas a la explotación sexual de los niños, recogía la coacción, captación o explotación de cualquier modo a los mismos para que participen en espectáculos pornográficos, así como la práctica de actividades sexuales recurriendo a la coacción, la amenaza o el abuso de una posición reconocida de confianza o influencia sobre el niños; y dentro de las infracciones relativas a la pornografía infantil, su producción por medios informáticos. Años después, Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13-12.2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, vino a sustituir la Decisión Marco 2004/68, en los términos que luego se dirán.

A su vez, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, elaborado en Lanzarote el 25 de enero 2007, acordaba en su art. 23, bajo la rúbrica "Proposiciones a niños con fines sexuales" la obligación de las Partes de adoptar "las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación proponga un encuentro a un niño", cuya edad esté *por* debajo de que cada Estado parte hubiese fijado como límite a la intangibilidad sexual de los menores con el propósito de cometer contra él cualquier a de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1 a) del art. 18 (esto es- realizar actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades" o al apartado 1 a) del art. 20 c (producción de pornografía infantil) cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales.

En la misma línea, señalaba también la ya citada STS de 24 de febrero de 2015, que el informe emitido en el 3º Congreso Mundial de Enfrentamiento a la Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes, celebrado en Río de Janeiro en noviembre de 2008, recoge la invitación a todos los Estados emprender las acciones específicas para prevenir e impedir la pornografía infantil y el uso de Internet y de las nuevas tecnologías para el acoso de niños, con el fin de abusar de ellos on-line y off-line y para la producción y la difusión de la pornografía del niño y de otros materiales.

Como antes decíamos *la Directiva 2011/92/UE*, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13-12.2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituyó la Decisión Marco 2004/68. expresa claramente su preocupación sobre el ciberacoso infantil considerándolo una "de las formas graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores" por el anonimato que Internet permite al delincuente. La directiva, en su art. 6, impone la necesidad de las partes de sancionar cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación de adquirir, poseer o acudir a pornografía infantil mediante el embaucamiento de un menor que no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que represente a dicho menor.

Tras la introducción de estos delitos de ciberacoso sexual infantil en nuestro Código Penal, primero en la Reforma por L.O. 5/2010 también conocido con el neologismo "Chid Grooming" y que quedó tipificado en el entonces art.183 bis y de nuevo en la reforma de 2015, con distintas variaciones pero manteniendo los



elementos esenciales de la directiva traspuesta En concreto, la redacción actual y aplicable al caso enjuiciado se contiene en el art. 183.ter 1º. con la siguiente redacción: 1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. Esto es, bajo esa denominación " Chid Grooming " se engloban las acciones realizadas deliberadamente por el autor con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno, bien para el abuso sexual del menor. Y eso es precisamente lo que hizo el acusado y tipifica el C. Penal, el delito de contacto con menor de 16 años a través de Internet con fines sexuales que fue exactamente lo que hizo el acusado.

En cuanto al "juicio sobre la prueba de la autoría "y si bien, no se aportó un rastro documental de esos chats existe prueba de cargo suficiente pues el contacto con la menor mediante engaño sobre su edad ya fue admitido por él en fase de instrucción (f.413) y también que se citaron para conocerse en un Centro comercial, que siguieron manteniendo contacto e intercambiando fotografías de y pasado poco más de un mes el acusado consumaba su propósito de mantener relaciones sexuales completas y reiteradas con penetración de la menor en la casa se ella. Hechos vivenciales plenamente admitidos y que hablan por si mismos de la realidad de lo ocurrido a los efectos de los dos primeros delito a examinar. Y a cuyo ponderoso bagaje probatorio, se suma, además del testimonio dela madre que en todo momento exigió al menor que dejara a de embaucar a su hija adoptando medidas como retirarle a la adolescente su teléfono, medidas que el acusado y la menor sortearon comunicándose con otros dispositivos informáticos y con otra red social. (vid f.414 en referencia a Instagram) Únase a todo ello el testimonio firme, coherente, fiable convincente y contundente de la menor en las dos exploraciones (f.139 y413) y 591), con tal grado de corroboración en cada uno de los cinco delito que debió ser la razón de admitir todos los hechos imputados en el escrito conjunto de acusación... En definitiva y además. de declararse el acusado confeso de este delito y en realidad de todos los imputados en el acto de juicio oral el testimonio de la menor en el propio juicio oral supone contar como pocas veces con una abundante prueba de cargo de tal calidad incriminatoria para enervar la presunción de inocencia del acusado que, como ahora analizaremos por separado, colma los elementos de tipicidad tanto objetivos como subjetivos de estos dos delitos tipificados en el art. 183 ter Así en cuanto al primero se imputa al acusado el delito por contactar con una menor de 16 años a través de Internet con fines sexuales y el otro como autor de un delito de embaucamiento para que la menor le facilitara material pornográfico en los términos establecidos en ese segundo tipo penal ya descrito, ambos con un mismo medio comisivo, cual es el ya aludido " Chid Grooming " término de origen inglés que se refiere a la acción deliberada de un adulto que pretende acosar y/o abusar sexualmente de un niño/a adolescente a través de Internet. Para conseguir su objetivo, los "groomers" crean perfiles falsos en redes sociales u otras plataformas de chat similares inventándose una vida o persona que no son. (Vid STS 174/2017 de 21 de marzo)

Respecto del primero la doctrina señala sobre su naturaleza jurídica que se trata se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando lo que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos y prácticas sexuales a menores de 16 años. Quiere decirse que en este caso el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de carácter sexual con menores de 16 años puede entenderse típica la conducta. En consecuencia se trata de un delito de peligro al configurarse, no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien. En todo caso, ya que el tipo exige la existencia de un menor y actos materiales encaminados al acercamiento con fines sexuales sobre el menor debe considerarse este tipo de peligro concreto pues lo cierto es que siempre que se lleve a cabo el delito este quedaría consumado.

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 16 años respecto de relaciones con adultos de más edad (Vid art.183 quater.) . Límite señalado por el legislador que marca la frontera de esa indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales. Esta limitación de la edad de la víctima de estos delitos se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 16 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño/a, los hechos supondrían un abuso sexual, que precisan de los elementos típicos tanto objetivos como subjetivos. Respecto de los primeros, la doctrina destaca que la ley penal configura en este delito un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se



requiere un contacto telemático con menores de 16 años que signifique proponer un encuentro, y finalmente la realización de actos materiales no meramente formales llevados a cabo para lograr el acercamiento y posterior contacto que tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse. ( STS 24 de febrero de 2015 y STS de 22 de septiembre 2015), pero en todo caso, orientados, para concluir con estos elementos objetivos del tipo a la proposición al encuentro previamente concertado y orientado al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el afecto y confianza de la víctima, y también añadía la primera de las dos Sentencias que acabamos de citar, que cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio "encuentro".

Finalmente lo relativo a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los arts. 183 y 189 del Código, Penal relativos a agresiones y abusos sexuales y delitos relativos a la pornografía. O lo que es lo mismo lesionar la indemnidad del menor Pues bien ambos delitos tal como se relata en el apartado de hechos probados fueron cometidos, además de otros, que luego enjuiciaremos, por el acusado.

**SEGUNDO. Del delito de embaucamiento para facilitar material pornográfico a una menor de edad del art 183 ter 2 código penal .** Se tipifica este delito según expresa el art. 183. Ter. 2 de nuestro vigente Código Penal en los siguientes términos " 2.. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. La acción delictiva, como señala la STS 174/2017 de 21 de marzo se reduce a la captación de menores para elaborar material pornográfico. El contenido de las fotografías solicitadas por el acusado a la menor colma el concepto de "pornografía infantil", aceptada por la jurisprudencia penal que también define el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 23-5-2000 que antes citábamos entendiendo por " pornografía infantil toda representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales ". En este caso las fotografías de la menor mostrando sus órganos genitales, integra el concepto reseñado, y el elemento normativo del tipo sancionado. Modalidad conocida como sexting (de ( *sex* y *texting* ) o envío de mensajes o fotografías propias por el embaucado/a, es decir el engañado mediante su inexperiencia sexual como menor, y que constituya un serio peligro para su bienestar psíquico, desarrollo y formación y merecedoras por tanto del reproche previsto por la Ley Penal, en la medida en que mediante estas conductas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Cuya incriminación y protección penal de los menores que ya establecía, la también antes citada la Decisión Marco 2004/68 JAI del Consejo de Europa de 22-12-2003 en el ámbito del uso y utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores que una persona adulta desarrolla a través de tales medios dentro del concepto "Child grooming, al que nos referíamos en el fundamento de derecho anterior y donde como señala la STS 21 de marzo de 2017 la experiencia en estas habituales prácticas de captación nos muestra y el caso de autos en buen y execrable ejemplo de ello el que el autor suele "Además de entablar conversaciones por tiempos prolongados, el propósito del diálogo es establecer confianza y pedir al menor contenido sexualmente explícito. Las fotos y vídeos eróticos son el principal medio de acción del "Grooming", este primer paso puede producir un encuentro físico, lo que desenlaza en un acoso moral, o algo peor como una violación o un asesinato. Asimismo, es frecuente, aunque no ocurriera así en este caso, el que una vez que la víctima decide compartir material a través de engaños, el " *groomer*" comienza a chantajear al menor, amenazándolo con publicar sus fotos y vídeos si no entrega más o se niega a un encuentro personal.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 21 de marzo de 2019 que añade y es importante dentro del debate sobre el alcance de los dos tipos penales del art 183.ter, y tal como aquí ocurrió , que el acusado no se limitó realizar los actos preparatorios previos a la comisión del delito de pornografía infantil previsto en el *art. 189 del C. Penal* , que es en lo que sustancialmente consiste el nuevo tipo penal de embaucamiento, sino que alcanzó el resultado material del delito de pornografía infantil que prevé el referido precepto, que es la remisión por el menor y la recepción del material pornográfico conseguido por las vías telemáticas señaladas en el precepto.

En cuanto a *la prueba sobre la autoría* de nuevo se cuenta con un importante acervo probatorio, pues además de la admisión por el acusado en el acto del juicio de los hechos integrantes de este delito y de la declaraciones en fase de instrucción y en el juicio por parte de la menor y que mostradas al procesado en el plenario las fotografías de contenido pornográficas las reconoció como las intercambiadas entre el acusado y la menor,



a partir del 11 e enero de 2017 y que fueron obtenidas y unidas a las actuaciones ( f. 566 a 582) junto con otras fotografías de similar contenido y ajenas a las de María Luisa , dentro de informe de policía científica y del volcado de la tarjeta de memoria del teléfono móvil, previa autorización judicial por auto de 31 de mayo 2017( f. 452 ) y cuya ratificación por los agentes se practicó durante el , juicio, por lo que se volvió a enervar la presunción de inocencia del acusado en relación a este segundo delito..

**TERCERO.-** Coinciden las calificaciones definitivas de las dos partes acusadoras en incriminar como **constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales del artículo 183.1 y 3 del Código Penal y 74.3 del mismo Código Penal**, los hechos que se declararon probados referidos a las relaciones sexuales completas llevadas a cabo de mutuo acuerdo entre el acusado y la menor que entonces contaba catorce años en la vivienda de esta, aprovechando la ausencia de su madre por razones de trabajo y en cuyo contexto el acusado acudió la tarde del seis y siete de febrero de 2017 al domicilio de María Luisa y como tenían previsto mantuvieron relaciones sexuales con penetración de la menor por el acusado por vía vaginal, anal y bucal, sin empleo de fuerza física ni imposición de ningún tipo. El día 7 de febrero de 2017 y tras haber realizado el acto sexual, fueron sorprendidos ambos por la madre en el dormitorio de esta. Tanto el acusado, como la menor admiten la realidad estos hechos de contenido sexual, ampliamente respaldados con toda fiabilidad, no solo por ellos, sino por la madre que tras sorprenderlos llamó a la policía que detuvo al acusado y solicitando la orden de alejamiento también por el tajante testimonio de la madre de la menor ante el Juzgado y en el acto del juicio. Así mismo, la pruebas médicas - ginecológicas dentro de los protocolos de actuación en este tipo de delitos con presencia de la médico forense vinieron a corroborar la realidad de las relaciones sexuales mantenidas ( vid informes f. 381-391) de las actuaciones

Se está pues, en palabras, entre otras, de las SSTS de 11 de julio o 12 de septiembre de 2018 que reiteran la STS 612/2016 de 8 de julio, ante "actos de inequívoco carácter sexual, realizado sobre una menor de 16 años. Entendidos como tales "según de manera reiterada ha señalado esta Sala, los que implican contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual en busca de deseo y placer mediante contacto corporal que puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo."

Claro comportamiento de naturaleza sexual, que satisfacen sobradamente los requisitos de tipicidad exigidos para este delito, tanto respecto al elemento objetivo del tipo a la vista de los graves actos reseñados, como del elemento subjetivo por la motivación personal que movió al autor de satisfacer sus deseos libidinosos con una menor de solo 14 años de edad. Hechos del modo que se dejó expresado en el relato probatorio, con los que el acusado llegó a atacar y menoscabar con sus actos e impulsos lascivos, a libertad e indemnidad sexual de la menor que es lo que representa el bien jurídico protegido por esta clase de delitos, que no es otro, en palabras tomadas de las SSTS de 12 y 25 de Mayo de 2015, que el derecho, en este caso, de una adolescente que acababa de cumplir los 14 años a no verse involucradas en un contexto sexual, y el quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su propia sexualidad....Bien jurídico cuya protección se vio reforzada con la Ley 1/2015 para la reforma del Código Penal, que con esa Reforma el Código Penal, elevó de los trece años fijados hasta entonces, a dieciséis la edad mínima establecida, para consentir válidamente este tipo de actos.

Esto es, como señala la STS 287/2018 de 14 de junio, nos encontramos actualmente: "ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido (art. 181.2)," lo que supone resulte de todo punto irrelevante el consentimiento de aquél en mantener relaciones, toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la licitud de del mismo. Dicho de otro modo lo que la Ley no presume, propiamente, es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización de un acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero si se presume la falta de capacidad de consentimiento jurídico y en virtud de esa presunción legal, éste se tendría como invalido, y en consecuencia carente de relevancia jurídica para evitar en esta clase de delitos la impunidad de este tipo de actos sobre menores de dieciséis años, con la excepción que ahora se señala. .

Eso es, la doctrina expuesta sigue siendo aplicable tras la reforma LO 1/2015, si bien la elevación de la edad, respecto de menores de 16 años, ha llevado al legislador a excluir la responsabilidad penal por los delitos previstos en el Capítulo II tres, en los casos de consentimiento libre del menor de esa edad "cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo madurez -por ejemplo, compañeros de colegio-", pero no con una persona que, como aquí ocurrió, prácticamente le dobla la edad.

En definitiva y en palabras de la STS 22 de abril de 2015, esta clase de delito exige como requisitos: **a )** Un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización



con significativo sexual. **b)** Este elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de determinarse libremente en el ámbito sexual. **c)** Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuridicidad la conducta, expresado en el clásico "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro". Elemento del ánimo o dolo inherente a este delito, sobre el que la STS de 22 de Junio de 2016, reiterando la de 10 de Diciembre 2014, nos recuerda que "la doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituya un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción".

Es más, llegados a este punto, cabe recordar la advertencia contenida entre otras en la SSTS nº 17/2017 de 20 de enero, reiterada en la STS 573/2017 de 18 de julio o en la STS 38/2018 de 23 de enero, referida a que "los delitos contra la libertad sexual, máxime cuando afecten a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atacan y a la reforzada tutela de dichas personas merecen como víctimas de los mismos. Pero siendo todo ello cierto, también es de recordar, añaden estas sentencias, que en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso". Lo que aquí no queda comprometido no tanto por el reconocimiento del acusado de los hechos imputados, sino por la suficiencia de la prueba de cargo de especial calidad y potencial relevancia acreditativa.

Finalmente, se está, además, como ya señalamos al inicio de este Fundamento ante un claro supuesto de continuidad delictiva que afrontaba entre otras la STS 573/2017 de 18 de julio /2017 que citando las SSTS 355/2015 de 28 mayo y 125/2017 de 27 febrero recuerdan que, "cuando se trata de abusos continuados sobre menores por parte de personas de su entorno familiar, pero aplicable igualmente al caso de autos según recuerda la STS 210/14, de 14 de marzo la aplicación del instituto del delito continuado, resulta de gran utilidad para abarcar la punición de la totalidad de la conducta enjuiciada. Y continúa dicha STS 355/2015, señalando en torno al delito continuado que la evolución jurisprudencial ha consolidado una doctrina muy reiterada en esta materia, fruto de un profundo análisis de una realidad criminológica sometida de forma muy frecuente a nuestra consideración, que garantiza el principio de seguridad jurídica, la proporcionalidad en el tratamiento punitivo de estas conductas y la punición del conjunto de la actividad delictiva realizada, y que no parece razonable alterar, máxime cuando la aplicación de la ley penal está absolutamente necesitada de estabilidad y seguridad jurídica.

Más concretamente, añade la antes citada STS de 18 de julio de 2017, siguiendo la STS 964/2013, de 17 de diciembre, que esta doctrina considera aplicable el delito continuado incluso en supuestos de agresiones sexuales, en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo y sufridos por el mismo sujeto pasivo.

Es decir que debe aplicarse el delito continuado, como ocurre en este caso, al estarse 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" (vid STS de 18 de Junio de 2007) De hecho, podemos concluir con la tan citada sentencia, que nos sirve de guía, que si bien la posibilidad del delito continuado en el caso de los delitos contra la libertad sexual no deja de ser una "excepción a la excepción", "

Sobre la incriminación por este delito y calificación basta con estar al relato de hechos probados declarados del Tribunal asumiendo lo expresado en el escrito conjunto de acusación de las dos partes acusadoras elevado a definitivas por ser fiel reflejo de la realidad acreditada. En efecto y como se declaró probado y admitió el acusado. El día 7 de febrero de 2017 y tras sorprendido el procesado con la menor María Luisa en el dormitorio de la madre, de esta dio aviso a la policía que tras acudir a la vivienda donde acababan de mantener relaciones sexuales completas esta interpuso denuncia por estos hechos, por los que fue detenido Romulo, "incoando, el Juzgado de Instrucción 2 de Granada Diligencias Previas 665/17, luego acumuladas a la causa principal en las que se acordó con fecha 8 de febrero de 2017 una medida de alejamiento para impedir que el acusado se acercase a María Luisa a menos de 200 metros durante la instrucción de la causa. Pese a dicha orden de alejamiento el acusado y María Luisa continuaron viéndose, interponiéndose denuncia por ello que dio lugar a una condena por quebrantamiento de medida de fecha 7 de marzo de 2018, relativa a un incumplimiento de fecha 1 de marzo de 2017., que quedó referida el relato de hechos. Pese a dicha condena, el acusado y





la menor continuaron hablando y viéndose, quedando a través de las redes sociales Facebook e Instagram para concertar los encuentros ".Entre esos encuentros consta en la declaraciones de la menor la asiduidad del acusado de recogerla a la salida del instituto y de salir de del mismo faltando a algunas clase para verse con el acusado e incluso también se dejó constancia ( vid F. 76 ) de haber pernoctado en casa del acusado el 23 de junio de 2017, todo lo cual nos lleva a apreciar que existió un frecuente y continuado incumplimiento de la orden de alejamiento.l

#### **CUARTO .- Del delito continuado de quebrantamiento de medida de protección del art 468.2, del C. Penal .**

Ahora bien, conviene recordar que es criterio consolidado por nuestra jurisprudencia que el consentimiento de la persona protegida, conforme a la doctrina sentada por el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de nuestro T. Supremo de fecha el 25 de enero de 2008, proclamó que "... el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del C. Penal. ". Esta tesis ya ha sido proclamada, entre otras, por la STS 39/2009, 29 de enero . *Criterio reforzado Así* En la STS de 29 de enero 2009 y 26 de febrero de 2010 en adelante se declara que es el principio de Autoridad el que se ofende con el quebrantamiento ( vid por todas STS 11-02-2014).

Por otro lado en cuanto a la consideración de delito continuado de quebrantamiento, la STS 2- noviembre de -2011, seguida también por el ATS de 10 de marzo 2016 resaltaba que el delito continuado requiere de los requisitos los siguientes: **a)** Pluralidad de hechos delictivos, y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales . **b)** Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vértebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una solo y única programación de los mismos. **c)** Realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio- temporales próximas, indicador de su falta de autonomía . **d)** Unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas, el mismo precepto en concreto el previsto en el art. 468.2 del código Penal . **e)** Unidad de sujeto activo. Y **f)** Homogeneidad en el modus operandi, por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuaciones afines. De conformidad con esta doctrina jurisprudencial al encontrarse vigente la orden de alejamiento e incumplida en frecuentes ocasiones, la última vez para atentar contra la vida de la menor, esos continuos quebrantamientos, en palabras de la citada STS 2- noviembre de -2011, no puede calificarse como una única acción punible, pues concurren. los requisitos para apreciar la continuidad delictiva , tal como calificaron las acusaciones con las consecuencias penológicas que luego se expresaran al motivar la determinación de la pena correspondiente al presente delito, ya que existe prueba bastante para enervar **también en este caso la presunción de inocencia del acusado por este delito. Imputado**

**QUINTO.- Del delito de asesinato por alevosía en grado de tentativa y agravado por ser la víctima menor de dieciséis años.** Delito previsto en los art 139.1.1º y 140. 1.1ª, en relación con los artículos 16.1 y 62 del Código Penal y artículo 70.4 del mismo texto Legal. De nuevo se está respecto de este delito ante una calificación conjunta de las partes acusadoras y aceptada, tanto por la defensa como por el acusado que volvió a admitir la autoría de la agresión, sin embargo negó en su primera respuesta que su intención, al llevarla a ese lugar apartado, fuera matar a la menor, sino asustarla, para luego a otras preguntas, con cierta imprecisión y titubeos terminar contestando en el juicio, que dejó de darle navajazos al desvanecerse María Luisa , pensando que estaba muerta. Quiere decirse con ello que la complejidad normativa del delito y de sus circunstancias y elementos tanto objetivos como subjetivos exigen en este caso de un análisis más detallado tanto de las pruebas como de la consolidada jurisprudencia aplicable en orden tanto a la alevosía calificadora del delito de asesinato, como el relativo al llamado dolo o intención del autor de matar a su víctima partiendo del hecho de que el acusado no reconoció esa intención homicida que como todos los elementos del delito, están amparados por el derecho fundamental a la presunción de inocencia con independencia de cuál sea el resultado final alcanzado. Así las cosas resulta obligado examinar y determinar como exige la jurisprudencia concurrencia del dolo homicida o intención de matar por parte del autor del delito, desde el juicio de racionalidad e inferencia deducibles de las pautas, indicios y circunstancias admitidas por la doctrina legal, en torno al ánimo necandi o dolo directo de matar o de primer grado, y cuya determinación en palabras de la STS de 2 de Noviembre 2011 "constituye uno de los problemas más clásicos del derecho penal, habiendo elaborado esta Sala una serie de criterios complementarios, no excluyentes para que en cada caso, en un juicio individualizado riguroso, se pueda estimar concurrente..., o por el contrario, cualquier otro distinto, citando al efecto el ánimo laedendi o vulnerandi".

Esto es, como volvía a señalar la reciente STS 367/2019 de 18 de julio de 2019,"El ánimo o intención de matar, que constituye el elemento o base subjetiva del delito de homicidio, pertenece al ámbito interno de la persona y requiere un juicio de inferencia para su fijación en el proceso penal, operación compleja que partiendo de datos fácticos demostrados, conduce -a través de las reglas lógicas o de experiencia- a la certeza moral que la resolución judicial necesita; y ese juicio de inferencia obliga a una indagación cuidadosa de todas



circunstancias del hecho, en cuanto pueden facilitar datos o elementos significativos de la voluntad o intención del sujeto y se vienen destacando el arma o medios utilizados, la zona a la que se dirige el ataque, número de golpes, violencia o intensidad de los mismos, condiciones de espacio y tiempo en que se produjo la agresión, circunstancias conexas las palabras del autor, previas, coetáneas y posteriores a la agresión, móvil del delito y cualesquiera otras que en función de las circunstancias del hecho puedan determinar el alcance de la intención lesiva.

En este sentido la STS nº 43/2016, de 3 de febrero, sintetizada en el Auto del mismo Tribunal de 26 de julio de 2018, y de 4 de julio de 219 nos recuerda que la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, para afirmar la existencia del ánimo propio del delito de homicidio deben tenerse en cuenta, además de las circunstancias ya reseñadas en el párrafo anterior... "los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el modo y forma en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; de la repetición o reiteración de los golpes; de la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y, en general de cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto." pues como destaca la doctrina legal que estos criterios a modo de ejemplo o de guía del proceso intelectual en el juicio de inferencia, no constituyen un sistema cerrado o de numerus clausus ni excluyen a otros " sino que han de ponderarse entre sí decía la STS 2 11-2011 " para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se constatan con nuevos elementos que pueden ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad imperiosa de sus actos, si bien es cierto que de todas estas circunstancias en relación al dolo homicida tienen especial interés el arma empleada, la forma de la agresión y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida (por todas SSTS de 8 de marzo y 16 de junio de 2016). Pautas metódicas, decía la STS 489/2008, 10 de julio, "para discernir, sobre la base de datos objetivos estrictamente individualizados, el propósito homicida o meramente lesivo que, en cada caso, puede guiar al autor de una agresión generadora de lesiones que, por una u otra circunstancia, no desembocan en el fallecimiento de la víctima. Pues bien, tanto desde esta doctrina como desde la llamada imputación objetiva que aplicaba la STS 336/2019 de 2 de julio ninguna duda la existencia del ánimo o intención de matar que desvela la acción homicida ante la crueldad e indiferencia con que se comportó a la vista a las múltiples y muy graves heridas causadas siendo consciente el acusado, como admitió en juicio de que las cuchilladas podían acabar con la vida de la menor máxime al abandonarla a su suerte en esas condiciones y es más, el autor abandonó la acción y el lugar tan pronto la menor quedó inconsciente, pensando que estaba muerta. En este sentido, la Sentencia del Alto Tribunal que acabamos de citar, nos enseña," En lo que hace referencia al elemento subjetivo o intencional, entendido como el conocimiento y la voluntad de que se realicen las concretas previsiones de un tipo penal, tanto la jurisprudencia de la Sala como la doctrina científica, no solo han identificado un dolo de primer grado, en el que el autor busca directamente la consecuencia de su actuación, sino un dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, en el que el resultado, aunque no constituye la aspiración que impulsa y moviliza la actuación principal del autor, es percibido, conocido y aceptado como una consecuencia inseparablemente unida a sus fines. Una inexcusabilidad del resultado que diferencia el dolo de consecuencias necesarias del llamado dolo eventual, en el que el sujeto activo también se representa el resultado desaprobado por la norma y, aspirando a que no se produzca, pese a todo prioriza la consecución de su comportamiento antijurídico y actúa con asunción del riesgo que encierra la acción. Pese a que en los tres supuestos la intencionalidad se muestra en escala decreciente, las consecuencias penales son idénticas en atención a que el ordenamiento jurídico solo reconoce un dolo.

La acción homicida que enjuicamos participa tanto del dolo directo como del dolo de consecuencias y la misma conclusión alcanzamos desde la teoría de la imputación objetiva que como señala la Sentencia de referencia," ha consolidado esta nueva concepción del elemento subjetivo. No se trata de evaluar si el agente tuvo voluntad de realizar y asumir las consecuencias de su acción, sino si fue consciente del daño que su acción podía infligir al bien jurídico amparado por la norma penal, y si efectivamente, asumiendo la transgresión, continuó actuando sin una corrección impulsada o acorde con su previsión, en cuyo caso le sería atribuible el resultado antijurídico. Como dijimos en la STS de 1 de diciembre de 2004 : "...En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado.... ".

Ciertamente, el acusado tal como declaró en el juicio no fue buscando con ese encuentro preparado por Romulo la muerte de la menor, sino el retomar la relación mantenida durante ocho meses, pese a las trabas y control de todo tipo que podía lograr la madre de María Luisa opuesta desde el principio a esa relación por la diferencia de edades entre uno y otro de sino el convencerla llevándola a un lugar propicio para que se



sintiera dominada y desvalida para que siguiera con él incluso tratando de conmovérsela con ideas suicidas y a raíz de la determinación de la menor de no seguir sus deseos, el acusado, reaccionó contra ella asestándole 26 puñaladas y la abandonó dejándola desangrándose y completamente desvalida y a punto de morir. La apreciación del dolo de matar tanto desde la doctrina de la impugnación objetiva y del antes referido dolo de consecuencias necesarias, tan próximo en este caso al dolo directo o de primer grado resulta patente y pese a la superficialidad de muchas de las heridas tanto las abdominales como sobre todo, según informaron los forenses en el plenario una de las seis heridas causadas en el cuello de la víctima muy cerca de seccionar la arteria aorta, sin perjuicio, tal como tiene reconocido nuestra jurisprudencia penal la zona anatómica del cuello, es tenida como recuerda la STS de 18 de julio de 2019 como una de las zonas corporales reveladoras del ánimo letal en el ataque ( STS de 21 de abril de 2005 )

hasta en 26 ocasiones con mayor o menor profundidad, en la barriga, en el pecho, en el cuello, pierna y en la espalda. En concreto (6 en región abdominal, 1 en raíz del muslo derecho, 13 en la espalda y 6 en región posterior del cuello) sujetándola mientras con la otra mano para evitar los intentos de la niña de levantarse, algunas de ellas cómo las del cuello muy próximas a zonas vitales y en todo caso, todas ellas heridas sangrantes provocaron una importante pérdida de sangre durante las trece horas que transcurrieron entre las siete de la tarde del 29 de agosto en que comenzó la agresión y las ocho horas de la mañana del día siguiente, tras ser evacuada por los servicios médicos de urgencias quedando ingresada en la unidad de cuidados críticos de pediatría del HOSPITAL000, de esta ciudad, con pronóstico de muy alta gravedad por evidente riesgo vital. Conviene señalar ahora para acabar este apartado, señalar que la acción homicida que estuvo de acabar con la vida a María Luisa, como se señala en los hechos probados a los que se añaden en este fundamento algunas consideraciones de interés derivada de la prueba que el acusado sobre la secuencia delictiva que el acusado, desentendiéndose, una vez más de la prohibición de acercarse a María Luisa, y conforme a lo que tenía planificado a media tarde del 29 de agosto de 2017, consiguió ante su insistencia por verla que la menor, engañando a su madre con la que se encontraba saliera del edificio de trabajo en el que se encontraban y al que ya se había acercado Romulo y con el propósito preconcebido de llevarla a un lugar apartado, previamente elegido en el que María Luisa se sintiera indefensa para conseguir que la menor volviera con él, la llevó a la fuerza cogida del brazo hasta una casa en construcción introduciéndola en la habitación más pequeña y con menos ventanas para asegurarse que nadie los escuchara, y una vez allí, intimidada y arrinconándola en una esquina, para que no pudiera escapar, comenzó a hablar sobre el estado de la relación sentimental mantenida, que quería retomar, y como la menor no plegara a sus deseos y tras intentar lo de nuevo diciéndole, al tiempo que sacaba la navaja de ocho centímetros de hoja, diciéndole que si no volvía con él se mataba, y como la menor siguiera firme en su postura, y como el acusado siguiera tratando de imponer su voluntad y dominación sobre la niña y como esta para que la dejara marcharse, le dijo que estaba con otro,. El acusado enfurecido le propinó un puñetazo que le causó un fuerte golpe en la base del cráneo que la dejó aturdida y para comprobar si había estado o no con otros hombres, el acusado le rajó los pantalones para bajárselos y explorar su vagina, y pese a desmentirle lo que acababa de decirle, y que ella no estaba con nadie, el acusado le experto "cállate zorra" realizándole tocamientos de contenido sexual y dándole puñetazos en la cara. El procesado se sacó sus genitales mientras le profería frases como "me voy a correr dentro para dejarte preñada...", continuando preguntándole si tenía relación con otra persona diferente a él, para acto seguido, guiado por el evidente deseo de acabar con la vida de María Luisa, aprovechando que ella se encontraba tirada en el suelo, aturdida, asustada y desvestida de cintura para abajo y sin posibilidad de defenderse, el acusado comenzó a asestarle los numerosos navajazos, Tras la despiadada agresión el acusado, creyéndola muerta la abandonó a su suerte desangrándose se marchó, al parecer a su domicilio donde, al menos estuvo toda la noche, quedando la menor en ese edificio en construcción y abandonada a su suerte, tendida en el suelo desangrándose y sin apenas posibilidad de moverse e inconsciente, hasta recuperar el conocimiento bien avanzada la madrugada. En estas circunstancias, como algunos vecinos próximos a la obra oyeran, en el silencio de la noche los lamentos o sus súplicas de auxilio de la menor, al amanecer dos vecinos dieron aviso a la policía y a al servicio de urgencias trasladándola al hospital con un pronóstico de gravedad muy alta (f.36). Aunque, al reconocer el acusado su autoría en los hechos que ahora analizamos, se renunció por todas las partes el acto del juicio al testimonio, de las dos personas que acudieron en auxilio de la menor, y que ya habían declarado en el Juzgado Instructor, la prueba sobre el estado de gravedad en que se encontraron a la menor, ya se informó, por los médicos del Hospital y por el médico forense que se personó en el mismo consta suficiente información (f.263-313) y de terror que debió sufrir la niña en ese escondido y solitario escenario dan muestra las manchas y regueros de sangre perdida por la joven víctima, a la vista del reportaje fotográfico elaborado por la policía científica, (f.55-75) como consecuencia de las numerosas heridas infringidas, así como del desprecio a su vida con el que actuó el acusado, sin más razón que oponerse la menor a seguir la relación iniciada con engaño en la seducción y mantenida durante ocho meses. Finalmente y para concluir con las pruebas de la autoría que pesan sobre el acusado y corroboran la participación del mismo en la agresión homicida, que algunos conocidos de él lo vieron sobre las 19.30 horas del día 29 de agosto cerca del lugar de la agresión alejarse del lugar con el torso



desnudo y manchado de sangre, según declararon en las actuaciones sumariales y a cuyo testimonio en juicio también se renunció por las partes tras admitir los hechos que ya le había imputado la propia víctima.

De las gravedad de las lesiones causadas durante el ataque homicida que se recogen en los hechos probados extraídos de los informes forenses iniciales ( f.191 y 192), de los informes del Hospital y de sanidad de fecha 21 de mayo de 2018.(f.610 y ss.) ratificados en juicio y sometidos a contradicción la menor sufrió. entre otras lesiones, perforación puntiforme de 3 mm en intestino medio, perforación de 3-4 mm en cara anterior de estómago, rotura diafragmática de 5-6 mm en región posterior de bazo; neumotorax bilaterales de gran cuantía con dos heridas penetrantes en pulmón que condicionan contusión pulmonar, laceración esplénica con neumoperitoneo, perforación diafragmática con hemiación de tipo graso a cavidad torácica y neumoperitoneo en cantidad considerable y de distribución libre; y a nivel craneal, lesión hipodensa en parietal derecho y pseudoaneurismas a nivel de bulbo carotideo. Lesiones, que como ya dijimos según dictaminó el informe forense, supusieron un riesgo evidente para la vida de la menor.

**SEXTO.- De la circunstancia cualificada de alevosía y de la hipercualificante por ser la víctima menor de dieciséis años.** Finalmente para concluir con el juicio de tipicidad hemos de abordar la prueba sobre la circunstancia agravatoria de la alevosía que cualifica el delito intentado como asesinato en detrimento del delito de homicidio. La STS Nº 696/ 2018 de 26 de diciembre, hace un completo análisis de la doctrina recaída en torno a la alevosía, partiendo de su "aplicación a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, ( art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas ( art. 22.1 del Código Penal), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, continua diciendo esta Sentencia "aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado ". Si bien " la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" ( STS. 13 de marzo .2000 ). Añadiendo esta sentencia desde la perceptiva teleológica su aplicación , continua diciendo esta sentencia exige "la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades ( STS. 1866/2002 de 7.de noviembre ). En definitiva y como dijo la STS 178/2001 de 13 de febrero la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes. A su vez la doctrina jurisprudencial, centra su núcleo " precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. ( STS. 19.10.2001) . y en la STS 104/2014 de 14 de febrero recuerda que "Para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción.

Esto es, como dice la STS 317/2019 de 18 de junio de 2019," para concluir que existe alevosía tienen que examinarse cuantos datos se han manifestado alrededor del hecho criminal. Datos externos que afirmen, de un lado, la manera de la agresión según las manifestaciones de los testigos y las apreciaciones de los peritos, algunas veces también por medio de signos puramente objetivos, y, de otro, el pensamiento íntimo del agresor, más difícil de acreditar, a través de análogos medios de prueba."

En el presente caso, pese a ser extremo aceptado y no debatido por la defensa, la existencia de la alevosía debe admitirse la concurrencia de la misma por resultar acreditada en base a determinados datos objetivos de los que los más elocuentes consta incluidos en el relato de hechos probados. Así el lugar elegido por el acusado para llevar a cabo su propósito de reconciliación, (un edificio en construcción) ni era el más adecuado ni podía tener otro propósito que el aislarla e intimidarla, asustarla -dijo el acusado en el juicio- y si a ello se une , como parece razonable pensar que de no conseguir su inicial propósito de reanudación de la relación sentimental, estaba dispuesto a agredir a la menor como así hizo ese lugar seleccionado a propósito era desde luego un sitio idóneo para la agresión, ya que como se relata en el factum privaba a la menor las posibilidades de escapar y si además de romperle los pantalones, vejándola y examinando la vagina, como manifestación de dominio



sobre el cuerpo de la menor para de ahí, pasar primero a golpearla inesperadamente y luego acometiéndola sin posibilidad de huir por la mayor edad y fuerza del acusado, para terminar la secuencia sujetando a la menor mientras la agredía compulsiva y sádicamente hiriéndola con continuos pinchazos y navajazos hasta perder el conocimiento y ser abandonada por su agresor quedando desamparada, sin poder levantarse ni moverse para pedir auxilio, lo que unido a la debilidad por la pérdida de sangre colmaron las circunstancias inherente a un ataque alevoso y sobrevenido por desvalimiento de la víctima sin ninguna opción de defensa y propio de del delito de asesinato, aunque su resultado quedara en una tentativa acabada.

Como acabamos de decir, en el presente caso estamos pues ante la llamada alevosía por desvalimiento participando posiblemente también de la llamada alevosía inopinada que se define en la STS 317/2019 de 18 de junio como aquella caracterizada la actuación súbita o inopinada como equivalente a la acción que es imprevista, fulgurante o repentina, actuación sorpresiva a través de un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto (no la idea previa de matar) y la ejecución; y ante una alevosía sobrevenida admitida jurisprudencialmente, pues si bien esa misma doctrina legal ha declarado que la conducta ha de ser alevosa desde el momento mismo del inicio de la acción; sin embargo, ello no obsta a que, iniciada una acción delictiva sin carácter alevoso, se inicie después otra distinta, contra el mismo sujeto pasivo, en que pueda apreciarse la alevosía sobrevenida ( Sentencias nº 357/2002, de 4 de marzo ; y nº 147/2007, de 19 de febrero ). Así mismo cabe añadir respecto de las situaciones conocidas como de alevosía sobrevenida que aun cuando al comienzo de la acción no se halla presente esa cualificación, pero en una segunda secuencia, restablecida la situación de confianza, el autor reanuda el ataque, en este caso de improviso e inopinadamente o bien aprovechando una situación de indefensión en que se ha colocado la víctima con posterioridad ( SSTS 243/2004 , 1369/2005 y 790/2008 ). Que es también lo ocurrido en el presente caso. **De la circunstancia hipercualificante del delito de asesinato por ser la víctima menor de dieciséis años.** La Reforma de Código Penal 1/2015, al incorporar a nuestro sistema punitivo la pena de prisión revisable en decisión de política criminal, vino a establecer en el art.140 del Código Penal detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. La gravedad de la pena es lo que justifica la calificación acuñada por la jurisprudencia para estos tres supuestos.

La sentencia la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019, vino a generar dudas cuando el asesinato viene cualificado por la agravante de alevosía, por su cierta identidad cuando la víctima es un menor de 16 años o una persona especialmente vulnerable, pues en ambos casos las escasas posibilidades de defensa pueden implicar decía, esa sentencia una doble incriminación o " bis in ídem " Sin embargo la reciente STS 367/2019 de 18 de julio, saliendo al paso de ese criterio contrario al establecido, con anterioridad a ambas sentencias, en la STS 520/2018, de 31 de octubre de 2018 .

En este sentido la citada STS de 18 de julio del actual argumenta que "en realidad, existen dos hechos diferenciados, uno que convierte el homicidio en asesinato y otro que agrava el asesinato, y por consecuencia de ello, no nos hallamos en el caso de que una única circunstancia sea valorada dos veces para agravar doblemente la punición de la conducta del acusado. Esto es, consideras estas Sentencias que concurre un diferente fundamento jurídico para la agravación que determina la prisión permanente revisable. Y así lo había declarado con anterioridad la STS 520/2018, de 31 de octubre de 2018 , en donde se señala que concurre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía, vulnerabilidad o minoría de 16 años en la víctima ) que, por tanto, resultan compatibles: a) La alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresiva e inopinada), b) La agravación de especial vulnerabilidad se basa en la ancianidad y situación de la víctima con menor edad de los dieciséis años y por tanto, venía a decir esa sentencia, se trata de dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay bis in ídem sino un legítimo bis in altera pues otra interpretación dejaría en la práctica, vacío de contenido el art. 140.1.1ª del C. Penal, con solo asimilar la alevosía con la vulnerabilidad derivada de la ancianidad o discapacidad o como en este caso con cualquier menor de dieciséis años, pues en este caso la alevosía apreciada no se basa exclusivamente en razón de la menor edad de la víctima de 14 años respecto de su agresor de 27 años, sino en la indefensión en que desde el principio de la acción el acusado situó a la chica llevándola a una obra para una vez allí, solos los dos llevarla a una pequeña habitación sin posibilidad de huir armado con una navaja golpearla y acuchillarla repetidas veces con el arma blanca mientras la sujetaba hasta terminar inconsciente y desangrándose. Así lo señalan los hechos probados y esa acción y modo homicida, propio como dijimos de la alevosía inopinada y sobrevenida dentro de una situación de claro desvanecimiento y desamparo entendemos, conforme con la STS de 18 de julio que no puede quedar subsumida, de hecho, como ya dijimos no se cuestionó por la defensa letrada, en el hecho de la menor edad, pues como dice esta Sentencia, " mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas



vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía. No aplicarla, decía esta Sentencia, aunque en referencia a un bebé, supondría no aplicarla nunca con niños. Y es claro que la interpretación judicial no puede dejar sin efecto el sentido de la norma.

En definitiva, en el supuesto de autos, la concurrencia de la alevosía de desvalimiento, sobrevenida y la inopinada y determinó la calificación del asesinato del art. 139.1 C. Penal, pero al recaer sobre persona especialmente vulnerable por razón de su edad, menor de 16 años (art. 140.1.1ª) que por tener otro fundamento de punición, cuas es la especial protección querida por el legislador sobre la vida de estos menores de dieciséis años, procede escindir o deslindar, no solo las distintas modalidades de la alevosía, sino la propia vulnerabilidad de estos menores que hiperrcualifica la agravación de la pena prevista en el art. 140 del C. Penal.

**SEPTIMO.**-De las circunstancias agravantes genéricas modificativas de la responsabilidad penal apreciadas por las acusaciones, respecto de los delitos de quebrantamiento de la medida de seguridad de alejamiento y de la agravante de parentesco y de género respecto del delito de asesinato intentado.

Respecto de la primera ya nos referimos en el Fundamento 4º al examinar el delito de quebrantamiento continuado por parte del acusado, donde hicimos constar al igual que en el relato de hechos probados que tras la orden de alejamiento fijada por el Juzgado de Instrucción 2 de Granada el día ocho de febrero de 2017, en las Diligencias Previas 665/17, prohibiéndole acercarse a más de 200 metros de María Luisa ., lo que no cumplió el acusado pues tres semanas después en concreto el día uno de marzo de ese mismo año tras quebrantar la medida de seguridad ordenada, fue condenado por sentencia de conformidad que quedó firme y recaída en juicio rápido de fecha siete de marzo de 2017, que consta incorporada al Rollo de Sala de estas actuaciones, por lo que la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia ex art 20.8ª del C. Penal, respecto de este delito no ofrece ninguna discusión y también fue aceptada

.Así mismo, las partes acusadoras aprecian respecto del delito de asesinato intentado tanto la las agravante de parentesco como la de género previstas, respectivamente en los art. 23 y del art. 22.4 del Código Penal. Es cierto, como señala la STS 3757/2018 de 19 de noviembre que resurtan compatibles una y otra agravante. La referida al parentesco tiene un fundamento objetivo de agravación que se aplica siempre que medie entre autor y víctima las relaciones previstas en el mismo, mientras que la agravante de género prevista en el artículo 22.4º CP tiene un fundamento subjetivo, necesitando que concurra en el autor del delito una ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que esta es inferior por el mero hecho de serlo. La agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma, es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. Por el contrario, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal responde a parámetros objetivables relacionados directa o indirectamente con la convivencia.

La circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal que responde a parámetros objetivables relacionados directa o indirectamente con la convivencia no podrá por tanto aplicarse por esta razón, pues ni acusado ni víctima pese a su relación sentimental no convivieron nunca juntos. Así lo exige la jurisprudencia de las que sirvan de referencia las SSTS 251/2018, de 24 de mayo y la . 59/2013 de 1.de febrero, nos recuerdan que concurre dicha agravante cuando se da el elemento objetivo de la relación de pareja estable, actual o pasada, y el delito de que se trata tiene lugar como consecuencia del marco o círculo de dichas relaciones o comunidad de vida, aunque se haya roto. En efecto el artículo 23 C. Penal en su actual redacción se refiere a "...ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad". Redacción actual que tiene su origen en la L.O. 11/2003, que sustituyó la referencia a la "forma permanente" por "forma estable", respecto a la relación de afectividad. La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que por relación de afectividad, debe estimarse: a) Existencia de una relación matrimonial o asimilada a la matrimonial y b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima". En consecuencia, no procede estimar, como ya adelantábamos la circunstancia agravante de parentesco, al no haber existido esa relación de convivencia estable.

Por el contrario si procede aplicar la agravante de género que aparece regulada en el artículo 22. 4ª. del Código Penal que fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y para estudiar su fundamento es interesante analizar lo expuesto en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, en donde se lee: "En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género,



entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo."

Así, pues, es evidente dice la STS de 19 de noviembre de 2019 que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género. Cuya aplicación resulta aplicable al delito intentado a la vista y dentro control y sometimiento sostenido desde una actuación de talante discriminatorio reflejado en la posición de control que ejercía sobre la víctima "desde el inicio y que culminó tratando de matarla sin más razón y desprecio a la vida de María Luisa simplemente por no querer continuar su relación con el acusado. Esto es, actos de extrema violencia como clara manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas... dando un plus de protección al mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, ( vid STS de 24 de noviembre de 2009),

**OCTAVO.-** En orden a la individualización y determinación de las penas por cada uno de los delitos enjuiciados, procede dentro del acuerdo alcanzado por las acusaciones y aceptado por la defensa, estar a las penas solicitadas por ser correctas y ajustadas a derecho tras haber admitido y reconocido el acusado, con instrucción de su derecho a no declararse culpable, de manera separada y con pleno conocimiento y comprensión, haber realizado los hechos integrantes de los delitos ya examinados y explicitados en el escrito de conclusiones presentado conjuntamente por la acusación pública y la acusación particular ejercitada en nombre de la menor de edad por su madre,

Conforme exige el art. 72 del Código Penal "los Jueces y Tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta". Se trata pues, dice la jurisprudencia "de un ejercicio de discrecionalidad reglada que debe ser fundamentalmente explicado en la propia resolución judicial y controlable en apelación y casación en casación, por la vía de la infracción de Ley, del art.849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ".(vid, por todas la STS de 7 de octubre de 2004) Procede fijar las siguientes penas por cada uno de los siguientes delitos:

1º.- Por el delito de **contacto con menor de 16 años a través de Internet con fines sexuales** del artículo 183 ter 1, .del C. Penal a la pena mínima de un año de prisión, e Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena. Y prohibición de acercarse a la víctima María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 3 años.

2º Por el delito de **embaucamiento para facilitar material pornográfico a una menor de edad** del art 183 ter 2. del C. Penal. a la pena mínima, de 6 meses de prisión; Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena. Y prohibición de acercarse a la víctima menor de edad María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 3 años. 3º Por el **delito continuado de quebrantamiento de medida de seguridad de alejamiento** del art 468.2 con la agravante de reincidencia y con aplicación del 74 Código. Penal., oscilando la pena entre seis meses y un año procede la pena1 de año de prisión. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante un año posterior al del cumplimiento de la condena de prisión. 4º Por el delito de **Abuso Sexual Continuado** del art. 183.1, 3, mediando penetración y con aplicación del 74 del Código Penal, oscilando la pena entre ocho y doce años de prisión al ser continuado, lo que permite elevar la pena la pena máxima imponible a 18 años, se le impone la pena 12 años de prisión. Y prohibición de acercarse a la víctima menor de edad María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 13 años pena mínima de acuerdo con los artículos 57 y 48 del Código penal, cuyo contenido y efectos luego se dirán. 5º.- Por el delito de **Asesinato en grado de tentativa** del art 139.1.1º, 140.1ª.1º, 70.4 del Código Penal, se solicita y se impone la pena 25 años y un día de prisión al estarse ante un delito de asesinato agravado por ser la víctima menor de dieciséis años que eleva el delito de ser consumado a la pena de prisión permanente revisable y oscilando la pena inferior en grado, de acuerdo con lo dispuesto en el art.70.4 ya citado, de veinte a treinta años y al tratarse de delito de asesinato en grado de tentativa acabada y dentro de ese segmento de



recorrido, por aplicación del art 66.3, el mismo Código al concurrir solo una agravante (la de género) el citado precepto exige imponer la pena en la mitad superior, y dentro de ella la de 25 años y un día como pena mínima imponible por este delito. Se condena también al acusado conforme a los art 33, 40 y 41 del Código Penal a la pena de Inhabilitación absoluta Y prohibición de acercarse a la víctima menor de edad. , María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 31 años. Las penas de incomunicación y alejamiento a la víctima que suman acumuladamente un total 51 años están previstas en el art 57.1 y 48.2 y 3 del Código Penal. El art.57.1 establece que : "Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea".

A su vez, el artículo 48 Código Penal establece como penas accesorias: "La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena".

**NOVENO.-** En orden a la responsabilidad civil derivado de los citados delitos por aplicación de los art. 109 a 115 del Código Penal y centrando, fundamentalmente su reclamación en los daños corporales sufridos por la víctima que se dejaron reseñados y en parte también en resarcimiento del daño moral se asume, también por este Tribunal de primera instancia el cuidadoso escrito elaborado en determinación de los distintos conceptos indemnizatorios que se incluyen en el escrito de acusación que fue presentado en trámite de conclusiones definitivas de manera conjunta por las dos acusaciones actuantes y que ya dijimos que fue aceptado por la defensa de conformidad con el acusado. Escrito de reclamación civil, ajustado a los hechos declarados como probados y sobre cuya base, se vienen a expresar en este apartado los argumentos y razonamientos legales en aplicación del actual baremo sobre daños personales en accidentes de circulación, no obstante su carácter meramente orientador en el ámbito de la jurisdicción penal respecto de los delitos dolosos.(Por todas, SSTS 426/2015, de 2 de julio ; y 382/2017, de 25 de mayo ) Así las cosas y como nos recuerda el ATS de 4 de julio de 2019, que en materia de responsabilidad civil, rige el principio de rogación, que exige que sean las partes acusadoras, quienes soliciten la condena por ese concepto, y que determina que el órgano judicial quede vinculado a los términos de esa petición. Principio de rogación que condiciona por razones de congruencia el no poder dar más de lo pedido como tampoco menos de lo admitido, en este caso por el acusado- deudor **que ya fue declarado insolvente** ni conceder cosa diferente a lo pedido. En base a ello, el acusado, en virtud de los artículos 109, 110 del Código penal, que dicen que toda persona criminalmente responsable lo es también civilmente del daño causado, deberá indemnizar a la menor María Luisa en la cantidad de **836.444,67 euros** por los graves perjuicios causados, indemnización de daños corporales y perjuicios morales, actuando su madre D<sup>a</sup> Virtudes como administradora de las cantidades que perciba en los términos previstos en el Código Civil, hasta que la menor alcance la mayoría de edad y todo ello conforme a los siguientes fundamentos: y bases que ahora se expresaran. .En el presente caso, el acusado deberá abonar como indemnización, a la representante legal de la menor doña María Luisa en la cantidad de 557.629,78 euros en los siguientes conceptos: Lesiones temporales 12.653,54 euros; Perjuicio Particular que se desglosa en Días moderados 187 \* 52,96 €/día, 9.903,52 €, Días graves 12 \* 76,39 €/día 916,68 €, Días muy graves 7 \* 101,85 €/día 712,95 €, Total intervenciones quirúrgicas (1) 1.120,39 €. Secuelas 397.287,94 euros. Secuelas que se desglosan en Perjuicio básico 114.650,12 € (Perjuicio psicofísico 44 puntos 94.139,51 € más Perjuicio estético 16 puntos 20.510,61 €); Perjuicio particular 50.927 € (Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida moderado 50.927 €) Perjuicio patrimonial daño emergente 102.360,82 € (Gastos de tratamiento médico y psicológico 4.000,00 €, más Ayudas técnicas 80.000,00 €, más Ayuda de tercera persona 18.360,82 €); Perjuicio patrimonial lucro cesante 129.350,00 euros. Daño moral: Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares: 147.688,30 €. En virtud de lo anteriormente expuesto, le corresponde a la menor, según la aplicación del Baremo introducido por la Ley 35/2015, la cantidad de 557.629,78 euros .





Ahora bien, las indemnizaciones que contempla el referido baremo lo son para accidentes de circulación, por lo que se han calculado considerando que ha mediado culpa en la comisión de los hechos. Sin embargo, en este caso la indemnización debe incrementarse en un 50% al haberse causado el daño con dolo y grave sufrimiento moral para la perjudicada. Lo que debe suponer una indemnización a favor de nuestra representada de un **total de 836.444,67 euros**, de los que resultan de incrementar en la cantidad de 557.629,78 en un 50%. Dicho incremento viene justificando por la numerosa jurisprudencia que se viene pronunciándose sobre la materia, así el TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), en Sentencia núm. 580/2017 de 19 julio, dispone: "La gravedad del hecho o su carácter doloso debe tener su reflejo en la cuantía de la respuesta penal que merezca el hecho, graduando de forma proporcional la extensión de las penas que deban imponerse o no a los responsables de aquella". "... el "Baremo" ha sido tomado en la práctica judicial de manera orientativa cuando se trata de fijar indemnizaciones civiles en el orden estrictamente penal, teniendo en cuenta para ello las puntuaciones de las lesiones y de las secuelas padecidas que determinan los informes médico-forenses. Sin embargo, no siendo exigible la aplicación del baremo en los casos de delitos dolosos, las cantidades que resulten de aplicación de las Tablas podrán considerarse orientativas y, en todo caso, un cuadro de mínimos ( SSTS 17-1-2003, 30-01-2004, 11-10-2004, 17-02-2010, 25-03-2010. La concesión de cantidades superiores al baremo en casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos como pueden ser los supuestos de homicidios y asesinatos, se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 772/2012, de 22 de octubre, y 799/2013, de 5 de noviembre, entre otras)". De igual modo, como expone la Sentencia del TS 772/2012, de 22 de octubre en sus Fundamentos de Derecho 5º y 6º dispone: "El efecto expansivo del Baremo, previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido por el Tribunal Supremo, pero siempre como criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil ( SSTS Sala 1ª de 10 de Febrero, 13 de Junio, 27 de Noviembre de 2.006 y 2 de Julio 2.008, y STS 596/2013, de 2 de julio 8 o STS núm. 480/2013, de 22[ de mayo, en la que se resumen en las siguientes reglas y fundamentos: 1). La aplicación del Baremo a los delitos dolosos es facultativa y orientativa . 2) Cuando se aplica el baremo, las cantidades que resulten de sus tablas habiendo sido fijadas imperativamente para casos de imprudencia, con mayor razón. la indemnización debe ser mayor, cuando el daño deriva, de un delito doloso es superior al delito imprudente. En este sentido, la STS núm. 47/2007, de 8 de enero, señalaba que no se puede establecer un paralelismo absoluto entre las indemnizaciones por daños físicos y materiales derivados del hecho de la circulación de vehículos de motor con el resultado de los delitos dolosos. Los primeros no se mueven por criterios de equivalencia o justicia, sino por los parámetros que se marcan por el sistema financiero de explotación del ramo del seguro en sus diversas modalidades. Estos criterios, puramente economicistas, obtenidos de un cálculo matemático, chocan frontalmente con los daños físicos, psíquicos y materiales originados por una conducta dolosa y con la multiplicidad de motivaciones que pueden impulsarla, sin descartar, como en este caso la intencionada y deliberada decisión de causar los mayores sufrimientos posibles". 3). Consecuencia de todo ello y así lo expresa el Fundamento nº 30º de la Sala 2ª en su STS 805/2017, de 11 de diciembre advirtiendo que "...no cabe olvidar que, cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no puede disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales. de la víctima. En el mismo sentido la reciente STS 360/2019 de 15 de julio 2019,, rechazando la impugnación a la cuantía establecida en un delito de asesinato, señalando y parece escrita para este caso, " "Estamos ante un delito doloso llevado a cabo de un modo cruelísimo: de ahí se sigue un singular daño moral infligido a la madre de la víctima, que, en lógica y natural consecuencia, hace del todo proporcionada la indemnización interesada" añadiendo antes como aquí ocurre que el Tribunal ha de tener en cuenta "las puñaladas sufridas, y todo el conjunto de elementos que han aumentado el dolor que fundamenta el daño moral de la receptora de la indemnización.

**OCTAVO.**- Por aplicación del art 123 del Código penal, se imponen al acusado las costas de este procedimiento, incluidas las devengadas por la acusación particular y por lo que antecede

## FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos al acusado D. Romulo , cómo autor criminal y civilmente responsable a las siguientes penas:

1º.- Por el delito de **contacto con menor de 16 años a través de Internet con fines sexuales** ya definido la pena de un año de prisión, e Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena. Y



prohibición de acercarse a la víctima María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 3 años. 2º Por el delito de **embaucamiento para facilitar material pornográfico a una menor de edad** ya definido a la pena de 6 meses de prisión; Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena. Y prohibición de acercarse a la víctima menor de edad María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 3 años. 3º Por el **delito continuado de quebrantamiento de medida de seguridad** ya definido concurriendo la agravante de la agravante de reincidencia a la pena de un año de prisión. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante un año posterior al del cumplimiento de la condena de prisión. 4º Por el delito de **Abuso Sexual Continuado** ya definido a la pena la pena de doce años de prisión. Y prohibición de acercarse a la víctima menor de edad María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 13 años 5º.- Por el delito de **Asesinato en grado de tentativa, ya definido** a la pena de veinticinco años y un día de prisión. E Inhabilitación absoluta Y prohibición de acercarse a la víctima menor de edad. , María Luisa a su domicilio o a cualquier lugar en el que se encuentre en cualquier momento a una distancia inferior a 1.000 metros y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por cualquier medio, por periodo de 31 años. 6º En concepto de responsabilidad civil , se condena al acusado a abonar como indemnización, a la representante legal de la menor doña María Luisa en la persona de su madre D<sup>a</sup> Virtudes en la cantidad de **836.444,67 euros**, en concepto de administración en los términos previstos en el Código civil y hasta que María Luisa , alcance la mayoría de edad .7º.-Se condena al acusado al pago de las costas procesales devengadas incluidas las de la acusación particular. 8º Dada la gravedad y extensión de la pena se ratifica la prisión provisional del acusado que se prorroga hasta la mitad de la pena impuesta **El máximo de cumplimiento total de la totalidad de las penas de prisión impuestas por esta causa al acusado será de 30 años, de conformidad con lo previsto en el art. 76.1 b. del Código Penal** . 9º De conformidad con el art. 183 de la LOPJ, se habilitan por las razones de urgencia que presenta la prórroga de la prisión y la publicación esta sentencia los días comprendidos desde el día de hoy 27 de agosto y hasta el final del mismo mes a los solos efectos de notificación a las partes de esta sentencia. Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a presentar ante esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su notificación, con las formalidades y requisitos que señalan los *art. 790 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Los magistrados reseñados al inicio, con excepción del Ilmo.. Sr. Sanchez Jiménez que por ausencia lo hará al incorporarse de sus vacaciones.( Art. 259 de la LOPJ).