



Roj: **SAP B 15072/2014 - ECLI:ES:APB:2014:15072**

Id Cendoj: **08019370072014100911**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **7**

Fecha: **22/12/2014**

Nº de Recurso: **53/2014**

Nº de Resolución: **1055/2014**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **ANA RODRIGUEZ SANTAMARIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN SÉPTIMA

Rollo nº : 53/2014-F

Diligencias Previas nº 1112/2012

Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION012

Procesado: Eugenio

SENTENCIA nº

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Ana Ingelmo Fernández

D. Pablo Díez Noval

D^a Ana Rodríguez Santamaría

Veintidós de diciembre de dos mil catorce

Vista en nombre de S.M. El Rey en Juicio Oral y público ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial, la presente causa nº 53/14, Diligencias Previas nº 1112/12, procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION012 seguido por delito de abusos sexuales contra Eugenio , nacido en Casariche (Sevilla) el día NUM000 de 1948, hijo de Nicanor y Celestina , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Villanueva González y defendido por el Letrado Sr. Rubio Navarro. Ha comparecido en el procedimiento el Ministerio Fiscal, en la Ilma. Sra. Paloma Blanco, así como el padre de la menor víctima de los hechos, Luis Carlos , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Oria Pérez y defendido por el Letrado Sr. Antich Soler, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. Ana Rodríguez Santamaría, la cual expresa el criterio unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente Procedimiento Abreviado se incoó en virtud de las Diligencias Previas nº 1112/12, del Juzgado de Instrucción nº 3 de los de DIRECCION012 y su Partido Judicial. Practicadas las oportunas diligencias y formulados los escritos de acusación y defensa, se remitieron a esta Audiencia Provincial para su enjuiciamiento y fallo, señalándose para la celebración del juicio oral y público el día 3 de diciembre de 2014.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, solicitaba la condena de Eugenio como autor de un delito de abusos sexuales a menor de trece años del artículo 183 bis del Código Penal a la pena de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo



durante el tiempo de la condena (artículo 57.2 Código Penal), prohibición de aproximarse a Sara , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por esta, en una distancia no inferior a 1.000 metros, así como la prohibición de comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento durante cinco años, en virtud del artículo 57.2 del Código Penal, libertad vigilada por un período de 4 años en aplicación del artículo 192 del Código Penal y costas con arreglo al artículo 123 del Código Penal.

TERCERO.- Por su parte la acusación particular constituida por el padre de la menor consideraba los hechos constitutivos de:

- a) un delito de abusos sexuales a menor de trece años del artículo 183 bis del Código Penal
- b) un delito relativo a la prostitución y corrupción de menores del artículo 187.2 del Código Penal y
- c) un delito del artículo 183.1 del Código Penal

Por los que procedía imponer:

- a) la pena de tres años de prisión
- b) la pena de cinco años de prisión
- c) la pena de seis años de prisión

En concepto de responsabilidad civil, fijaba en 30.000 euros los daños y perjuicios causados a la menor.

CUARTO.- La defensa del acusado manifestó su disconformidad con la acusación, solicitando se dictase sentencia por la que absolviese a su patrocinado por no ser autor de delito alguno.

QUINTO.- En el acto del juicio oral, y después de practicada la prueba que se estimó pertinente de la propuesta por las partes, estas elevaron a definitivas sus calificaciones provisionales, pidiendo el Ministerio Fiscal tan solo un año de libertad vigilada, mientras que la acusación particular, de forma subsidiaria interesaba se considerasen cometidos los delitos b y c en grado de tentativa. Igualmente añadió como penas las accesorias de prisión así como la prohibición de aproximarse el acusado a Sara , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por esta, en una distancia no inferior a 1.000 metros, así como la prohibición de comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento durante cinco años, en virtud del artículo 57.2 del Código Penal, libertad vigilada por un período de 8 años en aplicación del artículo 192 del Código Penal. Seguidamente informaron lo que tuvieron por oportuno en apoyo de sus calificaciones, declarándose el juicio visto para sentencia una vez se dio al acusado la oportunidad de realizar una última alegación.

SEXTO.- En el presente proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- En fecha no concretada, pero en todo caso anterior al mes de octubre de 2012, la menor de edad, Sara , nacida el NUM001 de 2000, insertó en el portal de anuncios de Internet, conocido como milanuncios.com, el siguiente mensaje "chica de trece años busca trabajo de lo que sea, me hace falta dinero". Consta acreditado que entre los días 12 y 15 de octubre de 2012, el acusado Eugenio ,

mayor de edad y sin antecedentes penales, guiado por el ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos y mantener contactos de carácter sexual con la menor, contestó al citado anuncio y a través de su teléfono móvil NUM002 le mandó hasta 74 mensajes de texto y realizó varias llamadas telefónicas al terminal que constaba en el anuncio, el NUM003 , del que era usuaria la menor Sara , siendo el contenido de algunos de los mensajes, el que se reproduce:

"Gracias Sara , claro que te puedo ayudar, dime k teace falta, dime de donde eres". Enviado el 12/10/2012 a las 18.38 horas

"Ya lo se, cuando k nos veamos yo vivo solo en una casa, tu conoces DIRECCION015 , pues al lado vivo". Enviado el 12/10/2012 a las 19.47 horas

"dime cariño de donde eres de qué país" Enviado el 12/10/2012 a las 19.55 horas

"Claro que tengo coñe-debe decir coche- y muy bueno, cuando nos vea tedare un adelanto beo que teace falta, pero eres muy joven". Enviado el 12/10/2012 a las 20.29 horas

"...dime que te gusta hacer con los chicos, cuenta que soy mayor" Enviado el 12/10/2012 a las 20.41 horas



"Etenido una asta que se acavo y haora quiero vivir la vida y pasármelo bien si puede ser contigo mejor creo que los pasariamos muy bien soy muy cariñoso y detallista, dime cariño que te gusta a ti" Enviado el 12/10/2012 a las 21.55 horas

"Cariño por favor me encantan tus palabras donde iremos porque eres muy joven y a hotel nose si pasariamos" Enviado el 12/10/2012 a las 22.28 horas.

"Lo que digamos los dos, no me gusta mandar, y a mi me gusta de ti todo, las tima que no te pueda ver por Facebook me gustaría verte mi vida". Enviado el 12/10/2012 a las 22.25 horas.

"Buenas noches no puedo olvidarte lo siento Sara , no te preocupes, si eres buena tendrás siempre mi ayuda besos" Enviado el 12/10/2012 a las 23.08 horas.

"No tienes saldo que lástima, como lo hacemos para quedar". Enviado el 13/10/2012 a las 21.58 horas.

"Estoy triste sin saber nada de ti esto no me gusta ami me duele el corazón pensando que no tiene dinero para una carga del móvil. Cuando me conozcas no te faltará de nada". Enviado el 13/10/2012 a las 23.21 horas.

"El coche no se si vengo con una furgoneta o con un mercedes, claro que nos vamos afuera, quedamos en la estación del tren". Enviado el 14/10/2012 a las 19.18 horas.

"primero quiero conocerte y después decidimos, a mi me gusta todo". Enviado el 14/10/2012 a las 19.39 horas.

"Cariño te echo la carga, dime algo un beso". Enviado el 15/10/2012 a las 10.44 horas.

"Dentro de 30 min estoy aki salgo a hora de cast" Enviado el 15/10/2012 a las 16.49 horas.

Sobre las 17 horas del 15 de octubre de 2012, el acusado acudió a la estación de RENFE de la localidad de DIRECCION012 , lugar en el que había quedado con la menor y le insistió en marcharse del lugar en su coche, lo que no pudo conseguir gracias a la intervención de los padres de la menor, Luis Carlos y su mujer Melisa , los cuales venían siguiendo a la niña al haber interceptado los mensajes reproducidos sin que ella lo advirtiera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los tipos aquí imputados se recogen en el Título del Código Penal "De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", incorporando un nuevo concepto al bien jurídico protegido, independiente o complementario de la mera libertad sexual. La indemnidad sexual tiende a tutelar el normal desarrollo y proceso de formación del niño en materia sexual,

dentro del libre desarrollo de su personalidad, para evitar que sea sometido a prácticas que impidan una adecuada educación sexual y anulan o limitan el ejercicio de una auténtica libertad sexual al alcanzar la edad de 13 años, cuando tenga o no que prestar su consentimiento en las relaciones sexuales que pudiera tener. En el ámbito jurídico penal, la edad de 13 años sitúa la barrera por debajo de la cual se castigan conductas sexuales con menores (cfr. art. 181.2 Código Penal), en concreto fue la reforma realizada por Ley Orgánica 1/99 de 30-4, que entró en vigor el 21-5-99, la que elevó de 12 a 13 años el límite para la validez del consentimiento del menor en el delito de abusos sexuales. La reforma penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 junio, que entró en vigor el día 23 de diciembre de 2010, afecta entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales a los arts. 178, 180.1.º y 3.º, 181.2.º y 4.º, 182.1.º, 183, 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 192.1.º y 3.º. Entre los diez nuevos delitos que incorpora, se encuentra la preparación de atentados sexuales a menores a través de Internet o child grooming en el art. 183 bis e introduce reformas en la regulación típica de los delitos sexuales cometidos sobre menores de 13 años agrupándose esta regulación en un nuevo Capítulo II bis del Título VII del Libro II Código Penal, que abarca los arts. 183 y 183 bis. Nos detendremos en el análisis de este último delito porque entendemos que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de abuso sexual del art. 183 bis del Código Penal. Delito introducido en el Código Penal en estos términos: "El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados a tal 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". El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual del menor de trece años ya que éste no puede prestar válidamente consentimiento para tener relaciones sexuales. Se trata de un tipo mixto acumulativo en el que han de concurrir los siguientes requisitos: a) contactar con un menor de trece años; b) a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y comunicación; c) proponerle concertar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos previstos en los arts. 178 a 183 y 189, y en



último lugar, d) acompañar tal propuesta de actos materiales encaminados al acercamiento. En cualquier caso, es determinante la exigencia de un elemento finalístico ("a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189"), que convierte el artículo 183 bis en un tipo penal que castiga el grooming sólo en cuanto que acto preparatorio de un delito sexual. Ahora bien, no resulta imprescindible que llegue a existir contacto sexual, ni siquiera que el menor y el sujeto lleguen a conocerse en persona, sino que el delito se entiende consumado cuando, tras haber contactado con el menor y haberle propuesto una cita, el sujeto realice los mencionados "actos materiales encaminados al acercamiento" con una finalidad sexual. Estamos ante un supuesto en que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando lo que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de delitos de abusos sexuales o menores de 13 años. Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna ("las ideas no delinquen, el pensamiento es impune"). Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un mero delito que trasciende al nuevo acto preparatorio, aunque participan de una naturaleza,

por cuando solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta. En el caso sometido a enjuiciamiento de este Tribunal, entendemos que se dan todos los requisitos para poder condenar por este tipo penal; el acusado, Eugenio, reconoció haber contactado con la menor Sara, y haberle remitido todos los mensajes que obran en la causa en los folios 18 a 20, parte de los cuales se han declarado probados en su literalidad. Como revelan algunos de ellos iban destinados al acercamiento, acreditado este requisito típico porque de hecho se produjo una cita, en la que ambos, el acusado y la menor, entraron en contacto en la estación de tren de DIRECCION012, felizmente abortada por los padres de la niña que habían leído los mensajes enviados al móvil del que era usuaria sin que ella lo advirtiese y la habían seguido. No plantea problemas el conocimiento por parte del acusado de la minoría de edad de la niña dado que ella expresaba en el mensaje que tenía 13 años, de hecho tenía una menos, y por tanto este dato le era conocido al acusado por mucho que este alegue que siempre le pareció mayor; hay mensajes que revelan que no es así y que era plenamente consciente de la edad de Sara (por ejemplo "...cuando nos vea tedare un adelanto beo que teace falta, pero eres muy joven..." "...eres muy joven y a hotel no se si pasaríamos..."). El principal problema de prueba se plantearía en cuanto al ánimo o finalidad del sujeto activo del delito, dado que se trata de un aspecto interno o subjetivo, debiendo acudir a la prueba de indicios, salvo confesión expresa del acusado, que en este caso ha negado tener intención de causar cualquier daño a la menor, debemos entender que tampoco mantener relaciones de tipo sexual con ella. Pues bien ese problema se resuelve sin duda para este Tribunal acudiendo al propio contenido de los mensajes; donde el acusado se refiere a la menor como cariño, se despide con un beso, le pregunta cosas tales como que le gusta hacer con los chicos o donde la va a llevar con la duda de que la dejen entrar en un hotel visto lo joven que es.

Teniendo en cuenta que de nada absolutamente de nada conocía el acusado a la menor, que además se plantea ayudarle económicamente si "se porta bien", expresión que de nuevo nos remite al cariz sexual de la relación que pretendía entablar, que de hecho le recargó el móvil en alguna ocasión como relató la menor, el Tribunal no advierte ninguna otra finalidad del acusado como razonable, mas que la de mantener relaciones de tipo sexual con la menor, puesto que las demás que pudiera tener con ella no tendrían porqué desarrollarse en un espacio cerrado como un hotel, siendo explícitas las referencias cariñosas hacia la menor y de mantener relaciones de esta índole pese a la diferencia de edad. La acusación particular pedía además la condena del acusado como autor de un delito relativo a la prostitución y otro de abusos de los artículos 187.2 y 183.1 del Código Penal, respectivamente. Lo cierto es que ninguno de estos tipos se han cometido, gracias a la intervención de los padres de la pequeña que impidieron la materialización de estos, como de cualquier otro delito, que pudiera haber tenido por víctima a una menor de doce años en manos del acusado. Por tanto no cabe aplicar la regla concursal que el propio precepto prevé para el caso de que alguno de estos delitos se hubiesen cometido; tampoco creemos que lo hayan sido siquiera en grado de tentativa al no haberse realizado actos propiamente ejecutivos. Téngase en cuenta que si la toma de contacto con el menor y adopción de actos materiales encaminados al acercamiento tuviera lugar en el contexto de las relaciones interpersonales directas, podría fácilmente rebasar la frontera de los actos preparatorios para entrar de lleno en la tentativa, si bien, por el hecho de realizarse la comunicación a distancia es difícil apreciar el inicio de actos ejecutivos del delito sexual. Castigar el acto preparatorio tipificado en el artículo 183 bis y además el delito en grado de tentativa del abuso sexual o de la prostitución sería infringir notoriamente el non bis in idem. El acusado intentó un acercamiento material a la menor vía Internet y nada más lograrlo fue abortado, no llegando a realizar acto material alguno de índole sexual.

SEGUNDO.- Tras la apreciación en conciencia del conjunto de la prueba practicada en el plenario la Sala llega al convencimiento de que los hechos sucedieron tal y como se han considerado probados. Ha sido básica la prueba documental, consistente en el atestado policial que recoge los mensajes enviados al móvil de la



menor desde el del acusado, relacionados a los folios 18 a 21 (el agente de los Mossos D'Esquadra NUM004 declaró en el plenario que vieron los mensajes y los transcribieron), que le fueron exhibidos y los reconoció como los enviados hasta un total 74 sms. Explicó que le llamaba cariño porque ella le contestaba a todo lo que le preguntaba y que se despedía con un beso porque así se despide de sus hijas; que no tenía mala intención; no quería hacerle daño; que no se creía que tuviera 13 años y estaba convencido de que era una persona mayor, por su voz y las intenciones que tenía que no se las imaginaba en una niña de 13 años. Ya nos hemos referido al aspecto de la edad revelada por la propia menor en el anuncio que colgó en Internet y como en varios mensajes el acusado se refiere a su menor edad respecto a la que no puede luego alegar desconocimiento pretendiendo que se le crea. Por lo demás el propio tenor literal de los mensajes revela esa intención del acusado de mantener una relación de tipo sexual con la niña, prohibida por su propia menor edad. En cuanto al acercamiento real, tanto el padre de la menor como su pareja relataron como descubrieron los mensajes que estaba recibiendo su hija porque no dejaba el móvil encima de la mesa como tienen costumbre en su casa y siempre lo llevaba encima; sospecharon y siguieron a la niña el día en que por el contenido de los mensajes iban a quedar. Lo hicieron sin que la niña lo supiera y vieron que se sentó en un banco y llegó un señor y empezó a hablar con ella. Al verlos intentó huir y lo siguieron en el coche y se paró en DIRECCION014 . Lo volvieron a seguir hasta DIRECCION013 a la vivienda de la que resultó ser su hija a la que contaron el caso y no se lo creía. Por lo demás la menor relató que puso anuncio en internet solicitando trabajo y contactó una persona que le recargó le móvil en una ocasión. Llegó a quedar con él en la estación de renfe y le dijo que fuera para el coche. Ella le dijo que no, y mientras le insistía en que fuera al coche llegó su padre. Este interés del acusado en que la niña se subiera con él al coche desvirtúa de nuevo su declaración en el sentido de que pensaba que era una persona mayor, porque al verla en persona, y ponerse por tanto de manifiesto la minoría de edad, no se marchó o simplemente se quedó a charlar con ella en la estación sobre el porqué del anuncio, sino que insistía en llevarla al coche. La declaración de la víctima cuenta con todos los elementos necesarios para ser creída: corroborada en todo por los propios mensajes enviados por el acusado, que reconoce la carga del móvil así como el contacto habido y sin ánimo espurio de ningún tipo porque de nada conocía al acusado. Todo lo cual conduce a la declaración de los hechos probados tal y como lo han sido y a la constatación de la existencia de prueba de cargo suficiente y que racionalmente valorada conduce a la condena del acusado como autor de un delito de los previstos en el artículo 183 bis del Código Penal.

TERCERO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad.

CUARTO.- En cuanto a la determinación de la pena, viniendo sancionado el delito de abusos sexuales a menores en el artículo 183 bis del Código Penal con pena de prisión de 1 a 3 años o multa de 12 a 24 meses, consideramos adecuada la imposición de la pena de multa de 12 meses al no advertir razón alguna de agravación, estableciéndose una cuota diaria de 15 euros, vista la capacidad económica del acusado de la que este se jacta en los mensajes (tiene un mercedes, cuatro empleados en una empresa de la que es autónomo y vive en un chalé en DIRECCION015, conocida zona residencial y acomodada de esta provincia) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.5 del Código Penal con la responsabilidad personal subsidiaria que marca el artículo 53 del Código Penal. Igualmente se acuerda la imposición al acusado de la prohibición de aproximarse a menos de 1.000 metros de la víctima

y comunicarse con ella por un período de cinco años como interesaban las acusaciones, máximo permitido al tratarse de un delito menos grave. El artículo 57 del Código Penal, es el fundamento de esta petición y en base al mismo puede y debe acordarse la citada prohibición, no así la libertad vigilada también interesada al no imponerse pena de prisión.

QUINTO.- De conformidad a lo establecido en los artículos 116 y 123 del Código Penal, todo responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente. Por lo que se refiere a la indemnización que solicita la acusación particular no se accede a la misma dado que no se advirtió afectación psicológica alguna en la menor por parte de los peritos del Equipo de Asesoramiento Técnico penal que emitieron informe sobre los hechos.

SEXTO.- A tenor de lo establecido en los artículos 123 y 124 del Código Penal, en relación con el 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponer al acusado el pago de las costas procesales causadas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a Eugenio de ser autor de los delitos de abusos sexuales y relativos a la prostitución de que venía acusado por la acusación particular y debemos condenarle y le condenamos a como autor de un delito de abusos sexuales en su modalidad de acercamiento a menor vía Internet, previsto y penado en el artículo 183 bis del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la



responsabilidad criminal, a la pena de doce meses de multa con cuota diaria de quince euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Asimismo imponemos al acusado la prohibición de acercarse a la menor Sara , a su domicilio o lugar de estudios o cualquier otro que frecuente

(previa manifestación a este Tribunal en ejecución que efectuará relación en este sentido), a una distancia no inferior a 1.000 metros y comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de cinco años, debiendo de informarse al mismo de las consecuencias legales del quebrantamiento de dicha pena. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y hágaseles saber que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en el día de la fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente constituida en audiencia pública en la sala de vistas de esta sección, de lo que yo el Secretario, certifico y doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ