



Roj: **SAP B 16695/2019 - ECLI: ES:APB:2019:16695**

Id Cendoj: **08019370202019100760**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **20**

Fecha: **17/12/2019**

Nº de Recurso: **18/2019**

Nº de Resolución: **1023/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **MARIA JESUS MANZANO MESEGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### BARCELONA

### SECCIÓN VEINTE

Rollo Sumario 18/2019-A

Sumario 1/2018

Juzgado de Instrucción nº 5 de DIRECCION000

Procesado: Federico

### **SENTENCIA Nº 1023/2019**

Ilmos. Sres:

D. JOSÉ EMILIO PIRLA GÓMEZ

D<sup>a</sup> MARÍA JESÚS MANZANO MESEGUER

D. CELIA CONDE PALOMANES

Barcelona, a diecisiete de Diciembre de dos mil diecinueve.

VISTA en juicio oral y público, ante la SECCIÓN VEINTE de esta Audiencia Provincial de Barcelona, el Rollo Sumario nº 18/19, dimanante del sumario nº 1/18 del Juzgado de Instrucción nº 5 de DIRECCION000, seguido por un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años, contra el procesado **Federico**, con NIE NUM000, de solvencia no pronunciada, nacido en Santa Cruz (Bolivia) el día NUM001 de 1983, hijo de Genaro y de Olga, sin antecedentes penales y **en prisión provisional por esta causa desde el 23 de febrero de 2018**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Jaume Guillem Rodríguez y defendido por la Letrado D<sup>a</sup> Ana María Coloma Flores.

Ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública y como ACUSACIÓN PARTICULAR la Letrada de la Generalitat en defensa de la menor Rafaela.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Jesús Manzano Meseguer, que en la presente resolución expresa el criterio unánime del Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO. Antecedentes procesales.-** Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de atestado policial, dictándose el 1 de marzo de 2018 auto transformando las diligencias previas en procedimiento sumario, en el que, tras la instrucción pertinente, se dictó auto de procesamiento el 11 de diciembre de 2018, siendo finalmente declarado concluso por auto de fecha 5 de febrero de 2019. Elevada la causa a esta Sección Veinte de la Audiencia, se designó Ponente y mediante auto se confirmó su conclusión, acordándose la apertura



del juicio oral, cumpliéndose los trámites de calificación provisional por el Ministerio Fiscal y la defensa del procesado, proveyéndose sobre las pruebas propuestas por las partes. Señalada la fecha para la celebración de la vista oral ésta ha tenido lugar el día 5 de diciembre de 2019, habiendo asistido todas las partes, con el resultado que se refleja en la grabación del juicio en soporte informático.

#### **SEGUNDO.- Calificación del Ministerio Fiscal.**

El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años en la modalidad agravada de prevalimiento por parentesco del art. 183.1, 3 y 4 d) del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Procede imponer al procesado la pena de 12 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena y la pena accesoria prevista en los arts. 48 y 57 del CP, de prohibición de aproximación en un radio de 1000 metros y de comunicación respecto de Rafaela durante 10 años más que la pena de prisión impuesta.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el art. 192.1 del CP procede imponer al procesado la medida de libertad vigilada a ejecutar una vez cumplida la pena de prisión por tiempo de 10 años. De conformidad con el artículo 192.3 del CP procede imponer al procesado la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por un tiempo superior en 10 años al tiempo de prisión impuesta y para el ejercicio de cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en 5 años al de la duración de la pena de prisión.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 89.2 del CP, no resultando en este caso desproporcionado y en atención a la naturaleza y gravedad del delito, así como la necesidad de defensa del orden jurídico y restablecimiento de la confianza en la norma infringida, procede acordar el cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta.

En todo caso procede la expulsión del territorio nacional si antes de la fecha del cumplimiento total de la pena, el penado es clasificado en tercer grado o accede a la libertad condicional, tal y como establece el art. 89.2, último inciso del Código Penal.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 109 y ss del CP el procesado indemnizará en concepto de responsabilidad civil a Rafaela en la cantidad de 50.000 euros por los daños y perjuicios morales causados, con el interés legal del art. 576 de la LEC.

Para el caso de que se dicte sentencia condenatoria, en virtud de lo establecido en el art. 193 del CP, interesa que se establezcan en sentencia los pronunciamientos que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos del varón menor de edad.

#### **TERCERO.- Calificación de la Acusación Particular.**

La Generalitat de Catalunya calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual del art. 183.1, 3 y 4 a) y d) del CP. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Procede imponer al procesado la pena de 12 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena accesoria prevista en los arts. 48 y 57 del CP, de prohibición de aproximación en un radio de 1000 metros y de comunicación respecto de Rafaela durante 10 años más que la pena de prisión impuesta.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el art. 192.1 del CP procede imponer al procesado la medida de libertad vigilada a ejecutar una vez cumplida la pena de prisión por tiempo de 10 años. De conformidad con el artículo 192.3 del CP procede imponer al procesado la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento y para el ejercicio de cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en 10 años al de la duración de la pena de prisión.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 89.2 del CP, no resultando en este caso desproporcionado y en atención a la naturaleza y gravedad del delito así como la necesidad de defensa del orden jurídico y restablecimiento de la confianza en la norma infringida, procede acordar el cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta.

En todo caso procede la expulsión del territorio nacional si antes de la fecha del cumplimiento total de la pena, el penado es clasificado en tercer grado o accede a la libertad condicional, tal y como establece el art. 89.2, último inciso del Código Penal.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 109 y ss del CP el procesado indemnizará en concepto de responsabilidad civil a Rafaela en la cantidad de 75.000 euros por los daños y perjuicios morales causados, con el interés legal del art. 576 de la LEC.

#### **CUARTO.- Calificación de la Defensa.**



La Defensa mostró su disconformidad a la calificación efectuada por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular solicitando la libre absolución del procesado. ALTERNATIVAMENTE concurriría la eximente de responsabilidad criminal prevista en el art. 20.1º y 2º del CP o subsidiariamente la atenuante de eximente incompleta primera, prevista en el art. 21 en relación con el número 1 y 2 del art. 20.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** Se declara probado que el procesado Federico, nacido en Bolivia el NUM001 de 1983 y en situación irregular en España, sin antecedentes penales computables, mantenía una relación sentimental con María Inés desde el mes de agosto de 2007, contrayendo ambos matrimonio el 20 de mayo de 2017. La pareja pasó a residir en el domicilio sito en la CALLE000 núm NUM002, de la localidad de DIRECCION001, al que también fue a vivir la hija menor de edad de la Sra. María Inés, Rafaela, nacida el NUM003 de 2005.

Aprovechando la circunstancia de que la menor quedaba a cargo del procesado en el domicilio antes señalado sin la compañía de su madre, que tenía un prolongado horario laboral, y sin que hubiese terceras personas en la vivienda, en fecha indeterminada, pero en todo caso durante el mes de junio de 2017, contando Rafaela con 11 años de edad, y conociendo el procesado este extremo, con intención de satisfacer su deseo sexual, la penetró vaginalmente sin utilizar preservativo.

Como consecuencia de lo descrito, la menor Rafaela quedó embarazada del procesado, dando a luz un varón el 13 de febrero de 2018 en el HOSPITAL000 de DIRECCION000.

Dichos hechos, han originado a la menor un elevado grado de afectación emocional.

El procesado se encuentra privado de libertad desde el día 20 de febrero de 2018, acordándose su prisión provisional mediante auto de fecha 23 de febrero de 2018 dictado por el Juzgado de Instrucción núm 5 de DIRECCION000.

Por auto de fecha 23 de febrero de 2018 del Juzgado de Instrucción nº 7 de DIRECCION000 se impuso al procesado la prohibición de aproximarse a Rafaela, a su domicilio, colegio o cualquier otro frecuentado por esta en un radio de 1.000 metros y la prohibición de comunicarse con Rafaela verbalmente, por escrito, vía telefónica, telemática o por cualquier otro medio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Calificación Jurídica.**

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de abuso sexual previsto y penado en los arts. 183.1, 3 y 4, d) del Código Penal.

En efecto, en el momento de los hechos la menor tenía 11 años de edad, por lo que resulta de aplicación el art. 183 del CP, en su redacción otorgada por LO 1/2015, de 30 de marzo, ya que Rafaela era menor de dieciséis años. Dicho precepto establece:

"1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2."

El citado tipo penal ( art. 183.1 y 3 del CP), en el que el sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona menor de 16 años de edad, ya sea hombre o mujer, requiere la concurrencia de los siguientes requisitos

a).- El elemento objetivo de un acto de carácter sexual que se realice sin emplear violencia e intimidación y que consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o miembros corporales por alguna de las dos primeras vías.

b) Un elemento intencional o psicológico, que tradicionalmente venía siendo representado por la Jurisprudencia como la existencia de una finalidad lasciva, si bien en la Jurisprudencia más moderna se exige que se trate de un acto que atente contra la libertad sexual. En este sentido cabe citar, entre otras, la STS 433/2018, de 28 de septiembre, que señala que ya no se exige en los delitos de abuso sexual la existencia del tradicional ánimo libidinoso, sino que lo relevante es que el acto sexual, en sí mismo considerado, constituya un acto atentatorio contra la libertad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el sujeto activo del delito. Y lo mismo puede decirse de todos los delitos recogidos en el Título VIII bajo la rúbrica "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", ya que tal como señala la STS de



22 de junio de 2016, el móvil no forma parte del tipo penal, ya que solo forma parte del tipo penal que la acción objetivamente analizada evidencie con claridad, y más allá de toda duda razonable, un ataque a la libertad indemnidad sexual de la menor. En definitiva, el dolo del autor del delito se agota en el conocimiento de realizar una acción con significado sexual; y,

c).- El conocimiento por parte del autor del delito que la víctima es menor de 16 años, elemento del tipo, y la conciencia de su actuar antijurídico, ya que de otra forma podríamos encontrarnos ante el error de tipo, vencible o invencible, recogido en el art. 14 del CP.

En el presente caso concurren todos y cada uno de los requisitos anteriormente señalados ya que Rafaela era menor de dieciséis años, circunstancia que el procesado conocía perfectamente al ser primero pareja sentimental y después esposo de la madre de la menor, siendo también plenamente consciente de la antijuridicidad de su acción, las relaciones sexuales fueron completas con penetración vaginal y no existió violencia o intimidación.

Solicitan las acusaciones la aplicación del apartado 4, d) del art. 183 del C que establece una agravación: "4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

La STS 299/2016, 11 de abril, señala que. "el prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003, de 18 de septiembre; 935/2005, de 15 de julio; 785/2007, de 3 de octubre, 708/2012, de 25 de septiembre; 957/2013, de 17 de diciembre o 834/2014, de 10 de diciembre) que el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un presupuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta. De esta forma, la especial situación de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento."

Por su parte, las SSTS 1518/2001, de 14 de septiembre, 227/2003, de 19 de febrero, y 258/2015, de 8 de mayo señalan la necesidad de que concurren tres requisitos para que resulte aplicable el prevalimiento: 1).- Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta; 2).- Que esta situación influya de forma relevante, coartándola, en la libertad de la víctima; y, 3) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de su víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual.

El abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad para decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo ( STS 10 de marzo de 2003).

La STS 542/2013, de 20 de mayo señala que el delito de abuso sexual no exige que la víctima vea su libertad sexual anulada sino que la tenga simplemente limitada o restringida. El prevalimiento debe ser idóneo, en el sentido de que evite a la víctima actuar según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá, lógicamente, del caso concreto, pues no basta examinar únicamente las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción, y es preciso que exista una situación que de algún modo presione a la víctima (es decir, una situación de superioridad privilegiada) que pueda considerarse suficiente para debilitar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. En cualquier caso no es preciso que sea irresistible, ya que no estamos en presencia de una agresión sexual, y en tal sentido no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta el punto de poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo



y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante esa situación de prevalimiento. La situación de prevalimiento puede ser (más o menos) permanente como episódica, en ese sentido, ciertamente la situación de privilegio o superioridad derivada de una relación de parentesco, laboral, social, etc., puede sugerir cierta permanencia, pero la definición de prevalimiento, en el sentido de que ha de consistir en aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, en absoluto requiere legalmente tal permanencia, lo que permite que sea puntual o episódica. Señala la anterior sentencia que entre las situaciones que pueden producir tal prevalimiento, la diferencia de edad, es una de las posibles, y por cierto, con una gran significación en tal desvalor en la conducta de este tipo de actos sexuales. En el mismo sentido la STS 542/2013, de 20 de mayo.

En el presente caso es evidente que el procesado se prevaleció de su posición de superioridad como pareja o esposo de la madre de la víctima. Esa relación le permitió buscar y obtener la soledad que este tipo de delitos requiere y propició y permitió los contactos del procesado con la menor ya que ambos convivían en el mismo domicilio, lo que no hubiera ocurrido, y por tanto el delito no se habría producido, si no hubiera existido dicha relación de parentesco. Esta relación de parentesco, en los delitos que afectan a bienes personalísimos como son los que atacan a la libertad e indemnidad sexual, supone un mayor desvalor de la conducta, por la confianza que media entre esos parientes, confianza que resulta quebrantada al cometerse el delito.

Interesa la Acusación Particular la aplicación del apartado 4, a) del referido precepto penal: "Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

Tal pretensión no puede ser estimada ya que se incurriría en infracción del principio non bis in ídem al tomar en consideración a efectos agravatorios, los mismos datos fácticos, cual es la edad de la víctima y la relación de parentesco (esposo de la madre) con el procesado, que ejercía como padre, lo que supone sin duda una especial vulnerabilidad y colocaba a la menor en una situación de total indefensión, pero sin que haya quedado probado la existencia de otras circunstancias diferentes a las ya tenidas en cuenta previamente para configurar la situación de prevalimiento.

#### **SEGUNDO.- Valoración de la prueba.-**

En el acto del Juicio Oral se ha practicado suficiente prueba de cargo que desvirtúa el principio de presunción de inocencia que ampara al procesado. En efecto, en el acto del juicio oral el procesado ni afirmó, ni negó los hechos, ya que si bien en un primer momento se declaró culpable de los mismos, posteriormente declaró que no se acordaba y que si el resultado de las pruebas biológicas establecía que él era el padre, pues así sería.

Por su parte la menor, completamente bloqueada, no fue capaz de relatar hecho alguno ante los psicólogos del EATPenal. Por tanto, como prueba fundamental contamos con la pericial biológica, folios 200 a 209, ratificada por los peritos que la realizaron, agentes de los Mossos d'Esquadra NUM004 y NUM005, que acredita sin género de dudas que el procesado es el padre del bebé. Si a ello añadimos que Rafaela era menor de 16 años, que el procesado conocía dicha circunstancia al ser primero pareja y después esposo de la madre de la menor, que convivían en el mismo domicilio y que la prueba pericial no ha sido impugnada por ninguna de las partes, queda completamente probado que el procesado mantuvo relaciones sexuales completas con penetración con la menor.

En el acto del juicio oral se practicaron otras pruebas que refuerzan la autoría del procesado y por ello el resultado de la prueba de ADN, aun cuando se trata de testigos de referencia. Así, declaró María Inés, madre de la menor y esposa del procesado. Tras relatar de forma extensa la situación familiar, manifestó que nunca tuvo conocimiento del embarazo de su hija, sin que tampoco los médicos que la iban visitando lo hubieran detectado. La Sra. María Inés, al ver que su hija no mejoraba a pesar de haber visitada en el CAP de DIRECCION001 hasta en dos ocasiones, decidió llevarla a DIRECCION000, en donde ya ingresó de parto. En un primer momento Rafaela dijo que habían sido dos menores en unas colonias, pero las fechas entre las colonias y el parto no cuadraban, por lo que finalmente la menor reconoció a su madre a través de una carta que había sido el procesado. Dicha carta ha sido aportada a la causa y obra a folio 64, habiendo sido reconocida por la testigo como la carta que le había entregado su hija. También declaró que el procesado sabía que la niña había sido abusada en Bolivia por un familiar antes de su llegada a España. La pediatra María Dolores, que atendió a la menor durante su ingreso hospitalario, declaró que Rafaela le reconoció que había sido el procesado y que en un momento en que su madre había salido de la habitación el procesado le había preguntado si el bebé era suyo, contestándole ella que sí. Señaló la pediatra que se trata de una niña muy vulnerable y cualquiera que le diera cariño podía abusar de ella. La Mossa d'Esquadra NUM006 declaró que la madre de la menor les dijo que la niña había escrito una carta en la que decía que había sido el procesado y que hablaron con una testigo, Julián, que les manifestó que había visto comportamientos inadecuados del procesado con la menor. Dicha testigo compareció también al acto del juicio oral y se ratificó en su declaración judicial, folio 81,





sin querer decir nada más ya que afirmó haber sido objeto de amenazas por parte del entorno del procesado, lo que implicará que se deduzca testimonio por un delito de obstrucción a la justicia. En dicha declaración judicial la testigo manifestó haber visto que el procesado tocaba los pechos a la menor. Los Mossos NUM007 y NUM008 declararon que participaron en la recogida de muestras para la prueba de ADN y que se cumplieron todos los protocolos.

Por todo lo expuesto, tras valorar en conciencia la prueba practicada conforme establece el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede dictar una sentencia condenatoria.

#### **TERCERO.- Participación criminal.-**

Del delito enjuiciado es autor el procesado Federico por su participación directa y material en los hechos enjuiciados conforme a los arts. 27 y 28 del CP.

#### **CUARTO.- Circunstancias modificativas.-**

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En efecto, interesa la Defensa, en caso de condena y de forma alternativa, la aplicación de la eximente incompleta del art. 20.1 y 2 del CP o subsidiariamente la atenuante de eximente incompleta primera, prevista en el art. 21, en relación con el número 20. 1 y 2 del CP. Dichas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se justificarían porque en el momento de los hechos el procesado tendría sus capacidades volitivas e intelectivas completa o notablemente disminuidas por el consumo de bebidas alcohólicas. Debemos señalar que la concurrencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal debe quedar tan probada como el hecho mismo y en el presente caso dicha prueba no ha tenido lugar, prueba que corre a cargo de la Defensa. En efecto, las simples manifestaciones de la menor en la carta que escribió acerca de que el procesado estaba borracho, o que la propia madre de la menor declarara que a veces se emborrachaba, no suponen prueba suficiente que permita afirmar que el procesado tenía sus facultades anuladas o disminuidas en grado alguno. La madre de la menor, Sra. María Inés, declaró que el procesado solo bebía cuando salía con sus amigos y que por eso ella cambiaba el turno y se quedaba en casa por sí acaso bebía, es decir, bebía fuera del domicilio familiar. Asimismo, resulta bastante incompatible una intoxicación plena por la ingesta de bebidas alcohólicas y el mantenimiento de relaciones sexuales completas. Igualmente, y a pesar de que no se sostiene acusación por un delito continuado, lo cierto es que la Sra. María Inés declaró haber encontrado otra carta de la menor (folio 252) acerca de otro episodio, la Sra. Julián vio comportamientos inadecuados y se han encontrado en el móvil del procesado fotos de menores desnudas y manteniendo relaciones con adultos, por lo que se dedujo por el Juez de Instrucción testimonio por un delito de pornografía infantil. También declaró la Sra. María Inés que el procesado cuando estaba con la menor casi siempre estaba sobrio.

En definitiva, no existe prueba alguna de que el procesado se encontrara ebrio en el momento de los hechos y por tanto no procede aplicar ninguna circunstancia atenuante o eximente.

#### **QUINTO.- Penalidad.-**

Sobre la individualización de la pena el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 2 de Junio de 2009 reitera, en consonancia con el apartado 6º del art. 66 del CP, que debe tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. Señala el TS en la citada sentencia: "Así en cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir al acusado, así como las circunstancias o factores de su personalidad que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva. Y en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a su mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar esa mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto que la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuridicidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá, en primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto, en delitos imprudentes. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuridicidad del grado de imputabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta). Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad



del hecho mal causado por el injusto culpable y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad."

Aplicada la anterior doctrina al caso de autos debe tenerse en cuenta que la pena establecida en el artículo 183.3 del Código Penal, es de 8 a 12 años de prisión, que deberá ser impuesta en su mitad superior al concurrir el apartado 4, d), del citado precepto penal, por lo que nos movemos en el marco de 10 a 12 años de edad. Para la individualización de la pena debemos tener en cuenta varias circunstancias, como la gravedad del hecho, que sin duda siempre es grave al tratarse de menores de 16 años, pero que en este caso es especialmente penoso al tratarse de una menor de 12 años que ha tenido que pasar por un embarazo, siendo abusada por el marido de su madre al que consideraba como padre y los efectos sobre la menor han sido especialmente graves. Basta leer los informes psicológicos posteriores a los hechos para advertir que su hijo ha sido dado en acogimiento pre adoptivo, lo que la menor parece aceptar, consentimiento muy dudoso dada su corta edad, habiéndosele negado la posibilidad de ver el niño, siendo especialmente doloroso para ella la fecha del primer aniversario de su hijo, lo que sin duda se repetirá en futuros aniversarios, condicionando toda la vida de la menor que perdió su infancia por culpa del procesado de forma temprana.

Por ello procede imponer la pena de once años de prisión y no la pena máxima de doce años interesada por las acusaciones, al no encontrarnos ante un delito continuado y no concurrir ninguna circunstancia agravante.

Asimismo, y por aplicación del art. 192 del CP, procede imponer al procesado la medida de libertad vigilada durante diez años, a partir de la extinción de la condena, pues no resulta aplicable la exención prevista en el primer párrafo in fine, del apartado 1 del citado precepto legal al encontrarnos ante un delito grave. Se le impone asimismo, por la gravedad del delito, la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento y para el ejercicio de cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en cinco años al de la duración de la pena de prisión.

Por lo que respecta a la expulsión del procesado del territorio nacional que solicitan las acusaciones al amparo del art. 89.2 del CP, debemos señalar que conforme a lo previsto en el citado precepto, la pena de 11 años de prisión que imponemos al procesado deberá ejecutarse íntegramente, sin perjuicio de lo dispuesto en el último inciso.

Establece el art. 89.2 CP que "Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesaria para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional".

Se dice en la STS 927/2016, de 14 de diciembre que tras la reforma operada en el art. 89 CP por la LO 1/2015, se prevé la sustitución por expulsión de todas las penas superiores a un año de prisión impuestas a extranjeros, aunque su estancia en España no sea ilegal, admitiendo el precepto modular la medida y compatibilizarla con un cumplimiento parcial de la pena, imponiendo en todo caso la sustitución del resto de la pena cuando se haya accedido al tercer grado o se le haya concedido la libertad condicional.

Procede estimar la petición de cumplimiento de la pena porque el delito cometido por el procesado es de notable gravedad. Si por el simple hecho de ser extranjero se acordara una sustitución parcial por la expulsión, se generaría un sentimiento de cuasi impunidad al quedar muy reducido el tiempo del cumplimiento de una pena impuesta por uno de los delitos que mayor reproche comporta, lo que llevaría a que se diluyera la función coercitiva y disuasoria de la norma penal, pues no solo se debilitaría el fin preventivo desde la perspectiva de la prevención general negativa, sino, fundamentalmente, desde la perspectiva de la prevención general positiva que se asienta en la idea de la actuación de la pena como instrumento de conformación de la conciencia jurídica colectiva; si no se atendiera a esa finalidad, el significativo acortamiento de la pena por operar la expulsión del territorio generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección ante ciertos actos delictivos, con pérdida de confianza en la intervención del estado y, además, llevaría a un sentimiento de impunidad que también desincentivaría los fines de prevención especial (Vid. ( STS 164/2018, de 6 de abril).

Consecuentemente, por exigirlo la defensa del orden jurídico y para restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, procede el cumplimiento de toda la pena, sin perjuicio de la expulsión ex lege en caso de acceder al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional.

Por aplicación del art. 57 y 48.2 del CP, y por las razones antes expuestas para individualizar la pena, se impone al procesado la prohibición de acercarse a Rafaela, a su domicilio y lugar de estudios o trabajo a una distancia de 1000 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo superior en diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en sentencia. La pena de prohibición de comunicación y la extensión de la misma y de la prohibición de acercamiento, se considera absolutamente necesaria para proteger la integridad física y psicológica de la perjudicada en atención a la gravedad de los hechos y al encontrarnos ante una persona muy vulnerable y altamente influenciable y manipulable.

**SEXO.- Determinación de cuestiones de índole civil respecto de la menor.**

Señala el art. 193 del Código Penal: " *En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos* ". De acuerdo con lo establecido por el citado precepto penal, puesto en relación con el art. 235-2 y 235-14 del Libro II del Código Civil de Catalunya (Ley 25/2010, de 29 de julio), y habiéndolo solicitado así el Ministerio Fiscal y la Letrada de la Generalitat de Catalunya que ostenta la tutela y representación de la menor, se declara la filiación paterna no matrimonial del menor Segundo respecto de su padre Federico, filiación que quedará limitada en los términos establecidos en el art. 235-14 del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya.

Por lo que respecta a la fijación de alimentos debe reservarse para ejecución de sentencia ya que por la acusación no se ha concretado la cantidad que se interesa y no se ha practicado prueba alguna sobre la capacidad económica del procesado.

**SEPTIMO.- Responsabilidad civil y costas procesales.-**

La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga al responsable del mismo a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados ( arts. 109.1 y 116.1 del C.P.).

El artículo 110.3º del Código Penal señala que la responsabilidad establecida en el art. 109 del CP (responsabilidad civil derivada de los hechos constitutivos de delito o falta) comprende la indemnización por los perjuicios materiales y morales, mientras que el art. 113 del CP establece que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.

Cabe señalar que el daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico ( SS. 22 de mayo 1995 [ RJ 1995, 4089], 19 octubre 1996 [ RJ 1996, 7508], 24 septiembre 1999 [RJ 1999, 7272]). La jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar, el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S. 23 julio 1990 [RJ 1990, 6457]), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S. 6 julio 1990 [RJ 1990, 5780]), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S. 27 enero 1998 [RJ 1998, 551]), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999 [RJ 1999, 4770])."

Mientras que en los daños morales con repercusión patrimonial (disminución de clientela, etc) es necesaria la prueba de los perjuicios efectivamente producidos, en los daños morales en sentido estricto (simple dolor moral derivado del ilícito penal, como inquietud, preocupación, angustia, terror, deshonor, tristeza, melancolía, etc.), es considerable la discrecionalidad del juzgador para evaluarlos una vez, desde luego, que haya fijado los supuestos de hecho de los que se infiera necesariamente tanto su existencia como su entidad ( SSTS 29-1-93, 2-3-94 y 11-12- 98).

Por el tipo de delito sufrido, abuso sexual con penetración, los daños morales son inherentes. Pero en este caso han sido especialmente graves, ya que tal como hemos referido anteriormente, a consecuencia de estos hechos la menor, con tan solo doce años de edad, ha pasado un embarazo completamente sola, ocultándolo, sin ningún control médico, recibiendo en la actualidad tratamiento psicológico para superar la separación del hijo que ha sido dado en acogimiento preadoptivo. Por ello debe accederse a la indemnización interesada por el Ministerio Fiscal, cincuenta mil euros.

El procesado, al que condenamos, debe serlo también al pago de las costas procesales que se hubieren causado en la tramitación de este procedimiento, conforme al art. 123 y 124 del CP, incluidas las de la acusación particular.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS:**





**CONDENAMOS** al procesado Federico como autor de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años, previsto y penado en el art. 1831, 3 y 4, d) del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Por aplicación del art. 192 del CP se impone al procesado la medida de libertad vigilada durante DIEZ AÑOS, a partir de la extinción de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento y para el ejercicio de cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en cinco años al de la duración de la pena de prisión.

Por aplicación del art. 57 y 48.2 del CP procede imponer al procesado la prohibición de aproximarse a la persona de Rafaela, a su domicilio, lugar de estudios, trabajo o lugar que frecuente, a menos de 1000 metros, ni comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de DIEZ AÑOS SUPERIOR a la pena de prisión impuesta

Procede el cumplimiento íntegro de la pena de prisión sin perjuicio de la aplicación del art. 89.2 del CP en caso de que el procesado accediera al tercer grado o se le otorgara la libertad condicional.

Pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Al amparo del art. 193 del Código Penal se declara la filiación paterna no matrimonial del procesado con eficacia limitada de acuerdo con lo establecido en el art. 235-14 del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya. El procesado deberá abonar en concepto de alimentos al menor Segundo, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia.

El procesado deberá indemnizar a Rafaela en la suma de CINCUENTA MIL EUROS, por daños morales. Todo ello con los intereses del art. 576 de la LEC.

De acuerdo con lo establecido en el art. 69 de la LO 1/2004, se mantienen las prohibiciones de acercamiento y comunicación impuestas en fase de instrucción al procesado respecto a la menor hasta que la presente sentencia sea firme.

Provéase sobre la solvencia del procesado condenado. Para el cumplimiento de la pena que se le impone declaramos de abono todo el tiempo que el procesado haya estado privado de libertad por esta causa, siempre que no le hubiera sido computado en otra.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya a interponer en el plazo diez días.

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

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia, ha sido leída y publicada en audiencia pública el día 18/12/2019; doy fe.