



Roj: **SAP B 4539/2019 - ECLI: ES:APB:2019:4539**

Id Cendoj: **08019370022019100141**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **2**

Fecha: **19/02/2019**

Nº de Recurso: **6/2018**

Nº de Resolución: **129/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **JOSE CARLOS IGLESIAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial de Barcelona

Sección Segunda

J. Instrucción nº 1 de DIRECCION000 . Sumario nº 3/2016

Rollo de Sala nº 6/2018-J

SENTENCIA 129

Ilmos Sres. Magistrados

D. JOSE CARLOS IGLESIAS MARTIN

D. JESÚS IBARRA IRAGÜEN

Dª ISABEL CÁMARA MARTÍNEZ

En Barcelona a diecinueve de febrero de dos mil diecinueve.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona ha visto en juicio oral y público el Sumario nº 3 de 2016 dimanante del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 , Rollo de Sala nº 6/2018-J, sobre delito de agresión sexual a menor de 13 años, robo con violencia e intimidación y falta de lesiones, contra el procesado Abilio , con DNI NUM000 , mayor de edad, nacido en DIRECCION001 , hijo de Alexis y Noemi , con antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional por la presente causa de la que estuvo privado el 1 y el 2 de septiembre de 2014, representado por la Procuradora Dª Emma Frigola Casalí y defendido por el Letrado D. Alex Plans Palomar, habiendo sido igualmente parte el Ministerio Fiscal, siendo Magistrado Ponente de la presente resolución el Ilmo Sr. Magistrado D. JOSE CARLOS IGLESIAS MARTIN, quien expresa la opinión del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sesión celebrada el 7 de febrero del año en curso y con el resultado que consta en el documento electrónico obtenido por el Sistema Arconte que integra su acta, se ha celebrado el juicio oral correspondiente al Sumario nº 3/2016 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 , seguido contra D. Abilio , circunstanciado precedentemente, habiéndose observado en su tramitación todas las prescripciones legales.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en trámite de conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de: A) Un delito de agresión sexual a menor de 13 años previsto y penado en el artículo 183. 1 , 2 y 3 del C. Penal conforme a la redacción dada por la L.O. 5/2010, de 22 de marzo; Alternativamente, un delito de agresión sexual previsto y penado en el art. 179 en relación con el art. 178 del C. Penal ; B) Un delito de robo con violencia e intimidación castigado en el art 237 en relación con el art 242.1 y 4 del C. Penal ; y C), Una falta de lesiones del art 617 del mismo texto legal conforme a la redacción vigente en la fecha de los hechos, reputando responsable criminalmente de tales infracciones penales, en concepto de autor, al procesado, no



concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en su actuación, solicitando para el mismo las siguientes penas:

A) Por el delito de agresión sexual a menor de 13 años, la pena de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; Por el delito de agresión sexual por el que se acusó alternativamente, la pena de ocho años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. En cualquier caso procederá imponer al procesado, según lo previsto en los artículos 48 y 57.1 del C. Penal, la prohibición de aproximarse a la víctima, su domicilio, centro de estudios o lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por la misma, a menos de mil metros y de comunicarse con ella durante 20 ó 10 años respectivamente.

B) Por el delito de robo con violencia e intimidación, la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

C) Por la falta de lesiones, la pena de dos meses de multa a razón de 15 euros diarios y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art 53 del C. Penal. Se solicitó igualmente la condena del procesado al pago de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil el acusado Sr Abilio deberá indemnizar a la menor Tania en la cantidad de 6.000 euros por los perjuicios morales inferidos a la misma, así como en la cantidad de 84 euros por los efectos sustraídos, cantidades que deberán ser ingresadas en la cuenta bancaria que designen los representantes legales de la menor de edad y de la cual no podrán disponer éstos sin autorización judicial, devengando dichas sumas el interés previsto en el art. 576 de la L.E.Civil.

TERCERO.- La defensa del procesado, en el mismo trámite, solicitó su libre absolución al no reputarle autor de delito alguno.

HECHOS PROBADOS

RESULTA PROBADO Y ASÍ SE DECLARA que:

PRIMERO.- Durante el mes de agosto de 2014, el procesado Abilio, con DNI nº NUM000, mayor de edad en cuanto nacido el NUM001 de 1994 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, mantuvo contacto a través de las redes sociales "Facebook" y "Whats App" con Tania, la cual en ese momento contaba con la edad de 12 años al haber nacido el NUM002 de 2002, desconociendo el citado Abilio la edad de Tania y concretamente que ésta fuese menor de 13 años.

SEGUNDO.- Como consecuencia de tal comunicación vía redes sociales, el acusado y la menor, que no se habían visto físicamente en momento alguno, concertaron verse el día 28 de agosto de 2014, lo que hicieron en las proximidades de la vivienda de Tania sita en el BARRIO000 de DIRECCION000, la cual salió de la misma en torno a la 01:30 de la madrugada una vez sus padres se durmieron y pudo así abandonar el inmueble sin que lo supieran los progenitores, trasladándose seguidamente ambos hasta el PARQUE000 sentándose en una zona de césped en una barca allí ubicada, donde el acusado, con ánimo libidinoso y sin que haya quedado acreditado que lo hiciese sin la aquiescencia de la menor, realizó tocamientos por encima y debajo de la ropa que llevaba ésta, tocándole en sus pechos y en la zona genital, sin haber quedado acreditado que le introdujera algún dedo en la vagina, propinándole, con idéntico propósito lascivo, mordiscos de leve intensidad en mejilla, cuello y brazo, los cuales provocaron en la menor una equimosis levemente visible en mejilla derecha de 1'5 cm, un hematoma de 4 x 1'5 cm en cara lateral derecha del cuello y un hematoma de 8 x 2'5 cm en la cara posterior y tercio medio del brazo izquierdo, objetivándole igualmente al ser explorada médicamente una equimosis de 2'5 x 1'5 cm en la mama izquierda, lesiones de las que curó tras una primera asistencia facultativa a los siete días, de los que dos fueron impeditivos para sus ocupaciones habituales.

TERCERO.- No ha quedado acreditado que el acusado sustrajese a la menor Tania su teléfono móvil y las llaves de su vivienda, efectos que han sido tasados pericialmente en 84 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal formula acusación contra Abilio atribuyéndole la autoría de un delito de agresión sexual a menor de 13 años previsto y penado en el artículo 183. 1, 2 y 3 del C. Penal conforme a la redacción dada por la L.O. 5/2010, de 22 de marzo (el Tribunal entiende que quiso decirse Junio), un delito de robo con violencia e intimidación castigado en el art 237 en relación con el art 242.1 y 4 del C. Penal, así como de una falta de lesiones del art 617 del mismo texto legal conforme a la redacción vigente en la fecha de los



hechos, si bien con carácter alternativo al primero de los reseñados delitos le atribuyó la autoría de un delito de agresión sexual previsto y penado en el art. 179 en relación con el art. 178 del C. Penal .

SEGUNDO.- El Tribunal entiende sin embargo que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de trece años, previsto y penado en el art. 183.1 del C. Penal conforme a la redacción dada por la L.O. 5/2010, de 22 de marzo, vigente en la fecha en que se ejecutaron aquéllos, si bien al concurrir en la actuación del sujeto activo del mismo un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, en concreto sobre el hecho de que la menor Tania fuese menor de 13 años, aun cuando el mismo tuviera el carácter de vencible, al estarse ante una modalidad delictiva que no admite comisión culposa, ello abocará al dictado de una sentencia absolutoria por la reseñada infracción al amparo del art 14.1 del C. Penal .

A la hora de justificar su criterio el Tribunal debe comenzar indicando que obviamente no ignora que el testimonio de la víctima de un hecho delictivo, máxime cuando se trata de delitos vinculados al quebranto de la libertad sexual de las personas que, por lo general, se suelen cometer en la clandestinidad, puede integrar prueba de cargo apta y suficiente para conformar la convicción judicial y el juicio de culpabilidad contra quien hubiere resultado acusado, siempre que el mismo se hubiera prestado con pleno respeto a las garantías procesales y principios inspiradores del proceso penal. De manera reiterada tiene establecido el TC –SS 201/89 ; 160/90 ; 229/91 y 64/94 entre otras- que la declaración de la víctima de un delito practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir válida prueba de cargo en la que basar la convicción del Juez para la determinación de los hechos del caso, si bien para ello será necesario que no se dé una incredulidad subjetiva derivada de un constatado móvil espúreo, como resentimiento, venganza, etc, que medie verosimilitud proporcionada por connotaciones objetivas periféricas, así como persistencia en la incriminación, lo que es tanto como exigir que sea prolongada en el tiempo, plural y sin ambigüedades ni contradicciones, viniendo obligados los Tribunales, como consecuencia de todo ello, a realizar un examen y crítica cuidadosa y profunda sobre la fiabilidad de sus manifestaciones.

Sin embargo, la declaración prestada por la menor Tania , quien ya contaba con 17 años en el momento en que se ha celebrado el juicio oral, no autorizará, conforme se irá desgranando ulteriormente, a declarar probados diversos de los hechos en los que el M. Fiscal sustentó su acusación por los delitos de agresión sexual a menor de 13 años previsto y penado en el artículo 183. 1 , 2 y 3 del C. Penal conforme a la redacción dada por la L.O. 5/2010, de 22 de marzo, y robo con violencia e intimidación en las personas, de menor entidad, ello por cuanto su testimonio resultó ambiguo, habiendo incurrido en contradicciones, lo que no será óbice para que pueda aceptarse la realidad de determinados episodios relatados por la misma, al resultar, bien admitidos por la persona a la que han atribuido las reseñadas infracciones penales, bien corroborados por otros elementos probatorios ajenos al testimonio de la menor.

La imputación delictiva efectuada por el M. Fiscal parte de que se realizaron actos atentatorios contra la indemnidad sexual de Tania , menor de 13 años en la fecha en que se produjeron, habiendo mediado empleo de violencia por el sujeto activo, edad la indicada que en aquel entonces determinaba el límite para considerar que se atentaba contra la indemnidad sexual del menor, aun cuando el mismo no se opusiese a los actos de naturaleza sexual.

La menor Tania vino a exponer en el Juicio oral, respondiendo a preguntas del M. Fiscal, lo siguiente: "Que conoció al acusado por Facebook cuando tenía 12 años. Ambos conocían a Ángel que era un ex cuñado suyo. Augusto era su pareja habiendo tenido una relación en el año 2013 antes de los hechos. No se acuerda quien pidió amistad a quien. Ángel sabía la edad que tenía ella. Tuvieron también contacto por whassapp, no recordando quien facilitó el teléfono a quien. Quedaron el 28 de agosto (de 2014) por whassapp. El acusado le dijo de quedar y quedaron al lado de su casa, no acordándose de la hora pero era de noche. Salió casi a la 1 de la madrugada. En el PARQUE000 cercano a su casa intentó abusar de ella. Le mordió en la cara, cuello y brazo y le robó el móvil y las llaves. Empezó a tocarle, precisando a preguntas del M. Fiscal que le tocaba por todo, y tras insistir el Ministerio Público que debía precisar por donde le tocaba el acusado, indicó que en los pechos, preguntándole la parte acusadora si también por la parte de abajo, diciendo la menor que también. Que le mordió cuando ella no aceptaba lo que estaba haciendo. No pidió ayuda ni grito porque fue gilipollas. Le tocó también por debajo de la ropa, en los pechos y en la vulva. Intentó meter los dedos y al ser interrogada por el M. Fiscal si no lo consiguió, contestó que sí, que le introdujo más de uno sin poder precisarlo. Ella estaba vestida y él rompió un cinturón que llevaba. Él llevaba su móvil y las llaves. No recuerda cuando se los había cogido y se fue. Ella se fue a casa. Cuando ocurrían los hechos él no hablaba nada. Al llegar a su casa picó al timbre y le abrió su padre. Le contó lo ocurrido y fueron a poner la denuncia y al hospital". A preguntas de la defensa letrada del acusado manifestó: "Antes no había coincidido con el acusado. No sabe si le gustaba Abilio . Al serle puesto de manifiesto por el acusado que en fase de instrucción dijo que le gustaba, terminó



diciendo que sí. Se fue de casa sin que lo supieran sus padres. Era la primera vez que lo hacía". Al ser puesta de manifiesto por la defensa una contradicción sobre este último extremo, haciéndosele ver que previamente había dicho que el 12 de agosto se escapó de casa con Augusto, que había sido su pareja, y que por ello había sido castigada por sus padres, precisó que "esa vez fue por la mañana". Añadió que "en algunas cosas mintió a sus padres pero después ya no. El acusado estaba encima suyo cuando intentaba abusar de ella". Al serle puesto de manifiesto por la defensa que en ante el Juez de instrucción había dicho que él estaba sentado con la mano estirada y se acercó al meterle la mano dentro, manifestó que no sabía. A preguntas del Tribunal, con el fin de esclarecer algún extremo puntual, indicó que "no recordaba si el acusado le dijo que quería tener relaciones sexuales con ella, no recordaba en qué momento se produjeron los mordiscos y que el móvil y las llaves se las quitó de las manos pero no sabía cuándo".

El M. Fiscal atribuyó al acusado un delito de agresión sexual a menor de 13 años al considerar que el mismo atentó contra la indemnidad sexual de Tania mediando violencia. En el relato fáctico contenido en el escrito de acusación consta que una vez el procesado y la menor llegaron al PARQUE000 y se sentaron en el borde de una de las barcas, el primero, con intención de dar satisfacción a sus deseos sexuales, con ánimo libidinoso y con conocimiento de la edad de la menor, la propuso mantener relaciones sexuales y ante la negativa de ésta le propinó un mordisco en la mejilla, el cuello y el brazo, realizándole seguidamente tocamientos en el pecho por debajo de la ropa, añadiéndose que tras intentos infructuosos para introducir su mano en la vagina por la cintura del pantalón, rompió el cinturón e introdujo su mano a través de una de las manos de las bermudas de la niña, frotando su mano contra la vulva por debajo de las bragas e introduciendo uno de sus dedos.

Más allá de que el M. Fiscal hizo un relato del desarrollo de los hechos que en diversos extremos no contó siquiera con el apoyo del testimonio de la víctima, el cual desde luego no se caracterizó al menos por su claridad y firmeza, siendo diversas las ocasiones en que indicó no recordar determinados extremos por los que era preguntada, parece evidente que el acusador público centró la existencia de violencia en el hecho de que el procesado hubiese propinado un mordisco en la mejilla, el cuello y el brazo de la menor. El Tribunal entiende que se produjeron ciertamente tales mordiscos, desde luego de escasa entidad, no sólo porque la menor Tania expuso que tuvieron lugar sino por cuanto fueron objetivados al ser explorada en el HOSPITAL000 de DIRECCION000 sobre las 06.55 horas del mismo 28 de agosto de 2014, consignándose en catalán en el informe médico emitido que la menor presentaba lesiones superficiales de mordeduras en mejilla derecha, zona lateral del cuello derecha y brazo izquierdo, añadiéndose que no presentaba otras lesiones y que la exploración genital no mostraba lesiones externas, hematomas ni dilatación introito vaginal.

El Tribunal estima que sin embargo tales actos no pueden integrar la violencia que llevaría a configurar los hechos como agresión sexual. Y lo entiende así por cuanto la prueba practicada no autoriza a afirmar, al menos con la certeza que demandaría un pronunciamiento condenatorio en el ámbito penal, que el autor de los hechos hubiese desplegado fuerza física dirigida a conseguir vencer la resistencia u oposición de la menor a los actos de contenido sexual que permitiesen dar satisfacción a su ánimo libidinoso, materializando en definitiva así los mismos.

Si se atiende a la declaración que la menor Tania prestó en el juicio oral se observa que la misma hizo referencia a que el acusado le mordió en la cara, cuello y brazo y le robó el móvil y las llaves, añadiendo que le tocaba por todo, por encima de la ropa, en los pechos y en la parte de abajo, que no pidió ayuda ni grito y que le tocó también por debajo de la ropa, en los pechos y en la vulva, aludiendo finalmente a que empezó a meter los dedos y lo consiguió, más de uno sin poder precisarlo. La declaración de la víctima se caracterizó por una patente inconcreción en cuanto al momento exacto en que se produjeron los mordiscos en que el M. Fiscal situó la violencia, pues si bien hizo mención a ellos con carácter previo a relatar los tocamientos que sufrió, lo hizo al tiempo que también expuso haberle robado el acusado el móvil y las llaves, no pudiendo obviarse que al final de su testimonio dijo no saber cuándo le fueron quitados tales bienes ni cuando tuvieron lugar tales mordiscos.

Ante una acusación de la magnitud como la que se formuló contra el acusado, para quien en la pretensión principal del M. Fiscal se le demandó una pena de quince años de prisión (que sería por ejemplo la máxima que podría imponerse por un delito de homicidio), el Tribunal no puede dejar de valorar que cuando la menor Tania declaró ante el Juez de Instrucción (folios 40 y 41) manifestó que fueron a una barca en el césped, que no hablaron y que Abilio (el acusado) quiso abusar de ella, describiendo acto seguido los tocamientos de que fue objeto, añadiendo que los mordiscos tuvieron lugar cuando le tocaba la vulva porque ella no quería, habiendo aludido ya la menor a otros tocamientos previos por otras partes de su cuerpo.

Dejando de lado que ni en el juicio oral ni con anterioridad ante el Juez de Instrucción la menor Tania aludió, contrariamente a lo que expuso el M. Fiscal, a que el acusado le propusiese mantener relaciones sexuales negándose ella a ello, el Tribunal no puede considerar acreditado que los mordiscos de mínima intensidad que el acusado Sr Abilio propinó a la menor estuviesen dirigidos a doblegar la voluntad de ésta y



posibilitar en suma los actos de naturaleza sexual que dieran satisfacción al ánimo libidinoso que inspiró su actuación. Existen serios indicios de que cuando se produjeron tales mordiscos el acusado había realizado ya tocamientos a la menor, no pudiendo desde luego descartarse en modo alguno que los mismos no fueran sino una manifestación más de aquello a través de lo cual dicha persona tratase de dar satisfacción a su propósito lascivo.

TERCERO.- Llegados al presente punto del razonamiento debe indicarse que la declaración prestada por la menor Tania permite considerar acreditado que el acusado Abilio le realizó tocamientos por su cuerpo, presididos por un evidente ánimo lascivo, pues a no otra conclusión cabe llegar al haber tocado a aquélla por encima y por debajo de la ropa que llevaba puesta en zonas como los pechos y la vulva.

Aun cuando el acusado negó tales hechos pues aun cuando admitió que esa noche estuvo con Tania, la cual según expuso el mismo le mandó un mensaje por facebook cuando él estaba en el parque con unos amigos y amigas, diciéndole donde estaba, acudiendo donde le dijo que apenas distaba unos metros, únicamente aceptó que estuvieron hablando y tonteando, dándose cuatro besos y luego él se marchó, lo cierto es que más allá de resultar poco lógica tal versión, cuando la menor fue examinada por la Médico Forense D^a Remedios el día 2 de septiembre siguiente (apenas cinco días después de los hechos), además de hacerse eco de la presencia de equimosis leves en mejilla derecha y zona lateral derecha del cuello, así como de hematoma en brazo izquierdo, lesiones que la perito consideró compatibles con los mordiscos que reseñó el informe médico del HOSPITAL000 de DIRECCION000 donde se exploró a la chica tras los hechos, consignó la existencia de otra equimosis en la mama izquierda, habiendo aclarado en el juicio oral que en ocasiones es factible que apareciera después de ser examinada en dicho centro hospitalario sin que ello implique que no hubiera tenido su génesis en los hechos objeto de enjuiciamiento, exteriorizando tal equimosis a juicio del Tribunal que se produjeron tocamientos en dicha zona corporal.

El M. Fiscal consideró que dentro de los tocamientos que el acusado hizo a la menor estuvo la introducción de un dedo en su vagina. El Tribunal entiende sin embargo que tal acción, de incuestionable gravedad cuando se lleva a término sin el consentimiento de quien la sufre y, en cuanto tal, motivadora de una importante agravación penológica, no puede considerarse acreditada en el caso de autos más allá de toda duda razonable, tal como pasa a razonarse.

Aun cuando el Tribunal ha admitido otros tocamientos relatados por la menor, pues en definitiva en alguna medida contaron como elemento corroborador con los informes médicos obrantes en la causa que apreciaron manipulaciones en mejilla, cuello, brazo y mama de la víctima, volviendo a dejar constancia de que el testimonio ofrecido por la menor Tania no se caracterizó por su claridad y firmeza, siendo significativo que los peritos Psicólogos que depusieron en el plenario dejaron constancia de que cuando examinaron a la chica fue muy parca en sus explicaciones, no habiendo podido abordar los temas objeto del procedimiento ya que no se mostró especialmente colaboradora, deberá destacarse que en el tema tan relevante como el de la introducción de un dedo en la vagina por parte del acusado, la misma fue especialmente confusa cuando no contradictoria.

En el juicio la menor Tania, tras relatar tocamientos por encima y por debajo de la ropa en pechos y vulva, indicó que el acusado le empezó a meter los dedos y lo consiguió, añadiendo que le introdujo más de un dedo sin poder precisarlo. El Tribunal es consciente de que el marco donde han de practicarse las pruebas es el juicio oral, más ante un tema tan relevante como el que se viene analizando no pueden dejar de ponderarse manifestaciones previas vertidas por la víctima en orden a poder determinar si medió el requisito de la persistencia en la incriminación por parte de la víctima, que como ya se ha apuntado es tanto como exigir que sea prolongada en el tiempo, plural y sin ambigüedades ni contradicciones.

Pues bien, cuando Tania acudió a denunciar los hechos y declaró en la Comisaría de los Mossos d'Esquadra de DIRECCION000, no hizo la menor referencia a que el acusado le hubiese introducido uno o más dedos en la vagina. Expuso que se fueron andando hasta el PARQUE000 y que estando en la zona de césped, en un monumento de una barca donde escuchaban música con su móvil, Abilio le dijo de "hacerlo" refiriéndose a hacer el acto sexual (en el juicio declaró que el acusado no había dicho nada), que ella le dijo que no quería y que Abilio le mordió en el cuello y en la mejilla diciéndole "eres mía", que ella le pegó puñetazos y él la agarró fuerte por los brazos y la volvió a sentar en la barca y que entonces le tocó los pechos por debajo de la camiseta y la vulva por debajo de la ropa interior, que ella le dijo que no quería hacerlo, se apartó y se puso a escuchar música y de repente Abilio volvió a morderle en el brazo, se enfadó, le quitó el móvil y las llaves de su casa y se marchó. Ni la más mínima referencia hizo a que el acusado le hubiese introducido uno o más dedos en la vagina

Cuando declaró ante el Juez de Instrucción apenas cinco días después de los hechos, tras relatar cómo llegaron al parque hasta una barca que había en el césped, añadió "que no hablaron y que el acusado quiso abusar de ella, que estaban sentados uno al lado del otro, que él le tocó los pechos, primero por fuera de la



ropa y luego por dentro, ...que después quiso tocarle la vulva, que llevaba pantalón corto elástico y le tocaba la vulva por la pierna del pantalón y por debajo de las braguitas, que le metió un dedo en la vulva...".

En definitiva, en sede policial no aludió a introducción de dedo alguno, ante el Juez de Instrucción habló de que el acusado le introdujo un dedo y en el juicio oral expuso que le metió los dedos, más de uno sin poder precisarlo. Si a tales divergencias se añade que en el plenario declaró D^a Elisenda , madre de la menor, la cual se limitó a decir en esencia que el chico que estuvo con su hija quiso abusar de ella, que le dijo que quería tener sexo y ella no quiso, no precisando en definitiva acto concreto alguno de contenido sexual pese a que la menor Tania manifestó en el juicio que cuando llegó a su casa le abrió su padre, le contó lo ocurrido y fue a poner la denuncia, añadiendo poco después que si bien una vez llegó a casa mintió a sus padres en algunas cosas, después ya no, lo cual hace difícilmente justificable que la madre fuese tan inconcreta, y a todo ello se une, por más que no sea a juicio del Tribunal un dato especialmente relevante, que en la zona genital de la menor no se objetivó lesión externa alguna, ni hematomas ni dilatación introito vaginal, forzoso resultará concluir que no se ha acreditado más allá de toda duda razonable, que el acusado hubiese introducido algún dedo en la vagina de la menor Tania .

CUARTO.- En definitiva, se materializaron actos de inequívoco contenido sexual, como incuestionable fue igualmente, por la propia naturaleza de ellos, el propósito libidinoso que inspiró la actuación del sujeto activo, integrando los mismos, atendido su contenido, un delito de abuso sexual a menor de trece años, previsto y penado en el art. 183.1 del C. Penal conforme a la redacción dada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, vigente en la fecha en que se ejecutaron aquéllos.

Nula relevancia tendría en principio en la configuración jurídica de los hechos en cuanto incardinables en el precepto por el que el M. Fiscal formuló su acusación principal, que la menor Tania pudiera no haber exteriorizado una oposición lo suficientemente clara a que el acusado ejecutara los tocamientos a los que se ha venido haciendo referencia. Es cierto que la misma esperó a que sus padres se durmieran para irse de casa ya de madrugada sin que ellos lo supieran para verse con un chico con el que nunca había estado y con el que sólo había mantenido contactos a través de redes sociales, habiendo admitido en sus declaraciones que le gustaba el mismo, habiendo respondido la menor al M. Fiscal en el plenario que cuando le hizo objeto de los tocamientos ella no pidió ayuda ni gritó, añadiendo al ser interrogada sobre porqué actuó así, que lo hizo porque fue gilipollas.

Habida cuenta que Tania tenía 12 años cuando ocurrieron los hechos, irrelevante será, desde la óptica de la posible subsunción de los hechos en el art 183 del C. Penal , que lo que pasó en el parque entre ella y el acusado hubiera tenido lugar con o sin su aquiescencia, ello por cuanto al ser menor de trece años los actos de naturaleza sexual serían en todo caso típicos aun cuando los hubiera consentido la misma.

Ahora bien, habiendo cuestionado la defensa letrada del acusado que su defendido conociese que la menor no hubiese cumplido aun los 13 años, por más que se limitase a realizar tal invocación sin dotarle de alcance o significado jurídico concreto, el Tribunal ha de concluir que la prueba practicada permite sostener que el Sr Abilio ignoraba realmente que Tania fuese menor de 13 años cuando se materializaron los hechos que se han declarado probados, lo que ha de llevar a afirmar que en su actuación concurrió un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal, en concreto sobre el hecho de que dicha menor no había cumplido 13 años, error que por mucho que tuviera el carácter de vencible, al estarse ante una modalidad delictiva que no admite comisión culposa, determinará que el contenido de la sentencia que se dicta sea absolutorio al amparo del art 14.1 del C. Penal .

Tal como viesen siendo criterio jurisprudencial, el dolo es un elemento intelectual y supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que se designa como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que se denomina ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia (SSTS. 753/2007 de 2.10 y 1238/2009 de 11.12).

Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006 de 8.3 y 1145/2996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP ., se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad".

Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, (núm. 1), y a su



vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS. 1254/2005 de 18.10).

En el caso concreto de autos el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que la menor tenía menos de 13 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trataba de una menor de 13 años.

La defensa del acusado aportó al inicio del juicio como prueba documental una fotografía de la menor extraída de las redes sociales en la época de los hechos con el fin de que pudiera constatarse que la apariencia física de la misma hacía inviable pensar que pudiera tener menos de 13 años. Aun cuando el Tribunal comparta dicho planteamiento, tal dato por sí sólo sería insuficiente para afirmar el desconocimiento del acusado sobre dicho particular. Sucede que existen otros elementos probatorios que avalan tal ignorancia. En tal sentido, debe partirse de que acusado y víctima no se habían visto nunca, que la menor admitió que el primero nunca le preguntó la edad ni tan siquiera cuando se comunicaban a través de las redes sociales, ni ella se la dijo. Deberá añadirse a ello que no se compagina bien la propia conducta de la denunciante con el hecho de que se tratase de una persona menor de 13 años, pues difícil resulta pensar que una chica de 12 años pueda salir de casa de madrugada sin ofrecer a sus padres una justificación razonable para ello. Pero es que, además, ambos tenían conocidos comunes, a saber, Ángel y Augusto , a quienes la menor Tania se refirió como su ex cuñado y su ex pareja respectivamente, indicando que con el último había tenido una relación previamente a los hechos denunciados y, siendo ello así, más allá de que el M. Fiscal pudo perfectamente haberlos propuesto como testigos para que indicaran si en algún momento habían revelado al acusado la edad de la menor si es que realmente ellos la conocían, sin que desde luego quepa presumir contra reo que Ángel , respecto del que Tania dijo que sabía su edad se la hubiese dicho al acusado por mucho que en ocasiones se vieran , no puede dejar de ponderarse que el análisis de las actuaciones pone de relieve que en la fecha de los hechos el mencionado Augusto , de quien Tania dijo que era por aquel entonces su pareja, tenía 15 años, dictando la lógica que el acusado, que sabía de la relación entre ellos, difícilmente podía representarse que quien tenía 15 años estuviese saliendo con una chica menor de 13 años.

En atención a todo ello, el Tribunal ha de concluir que el acusado desconocía que la menor Tania tenía menos de 13 años al ejecutar los hechos que se han declarado probados y por más que su conocimiento equivocado pudiese quizá haber sido subsanado, por ejemplo, preguntándole a la menor por su edad, así como interrogando sobre dicho particular a los conocidos comunes, lo que determinará que el error simplemente pueda configurarse como vencible, habida cuenta lo ya expuesto sobre la inexistencia de modalidad culposa del delito de abuso sexual perpetrado, procederá dictar sentencia absolutoria por el mismo.

QUINTO.- El M. Fiscal postuló con carácter alternativo que para el caso de que no se considerase incardinable la conducta del acusado en el art 183. 1 , 2 y 3 del C. Penal conforme a la redacción dada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por entender el Tribunal que no había quedado acreditado que el Sr Abilio conociese que la menor Tania tenía menos de 13 años de edad, se considerasen los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual previsto y penado en el art. 179 en relación con el art. 178 del C. Penal .

El Tribunal ya ha razonado que no existió violencia dirigida a la realización de actos de naturaleza sexual con la menor Tania , así como que no había quedado acreditado que el acusado introdujese uno o varios dedos en la vagina de dicha menor. Descartada la posibilidad de calificar los hechos como constitutivos de delito de agresión sexual ante la inexistencia de violencia típica, procederá analizar si los mismos serían subsumibles en el art 181 del C. Penal conforme a la redacción dada al mismo por la citada L.O. 5/2010.

Suprimido el párrafo donde venía estableciéndose a que a los efectos de la citada infracción se considerarían abusos sexuales no consentidos los cometidos sobre persona menor de 13 años al instaurarse una figura delictiva autónoma para los delitos de agresiones sexuales y abusos sexuales de menores de 13 años, el Tribunal entiende que la prueba practicada no autoriza a considerar acreditado más allá de toda duda raonable que la menor Tania exteriorizara de alguna forma su oposición a que el acusado le hiciera objeto de los tocamientos que se llevaron a término. En tal sentido, más allá de las contradicciones que en sus declaraciones han venido remarcándose, debe resaltarse que dicha testigo, tras detallar en el plenario los tocamientos que llevó a termino el acusado, manifestó a preguntas del M. Fiscal que mientras ello sucedía no pidió ayuda ni gritó, añadiendo al ser interrogada por tal aptitud, que lo hizo porque fue gilipollas. En ningún momento de su testimonio ante el Tribunal dijo que de alguna manera hubiese hecho ver al Sr Abilio que se oponía a los actos que éste llevaba a cabo, lo cual no deja de tener su importancia en un caso como el de autos en que la menor admitió que esperó a que sus padres se durmieran para irse de casa ya de madrugada sin que ellos lo supieran



para verse con un chico con el que nunca había estado y con el que sólo había mantenido contactos a través de redes sociales, habiendo admitido en sus declaraciones que le gustaba el mismo. Podría decirse que en un determinado momento de su declaración Tania expuso que el acusado le mordió cuando ella no aceptaba lo que estaba haciendo, más ha de insistirse que nunca dijo de qué forma exteriorizó o hizo patente al acusado su disconformidad con los actos que éste ejecutaba. Corolario de ello deberá ser igualmente el dictado de una sentencia absolutoria por el delito que viene analizándose.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal atribuyó igualmente al acusado la autoría de un delito de robo con violencia e intimidación en las personas, de menor entidad, previsto y penado en el artículo 242.1 y 4 del C. Penal, asentado fácticamente en que en el marco de los actos de contenido sexual que el Sr Abilio ejecutó sobre la menor Tania, le sustrajo a ésta su teléfono móvil y las llaves de su casa, efectos valorados en la cantidad de 84 euros por los peritos D. Jose Carlos y D^a Manuela, quienes se ratificaron en su dictamen pericial en el juicio oral.

Idéntico contenido absolutorio habrá de tener la sentencia en relación con la indicada infracción penal con base en lo que pasa a razonarse. De entrada ha de indicarse que si el Tribunal ha descartado la existencia de violencia al perpetrarse los actos de naturaleza sexual, difícilmente podrían configurarse los hechos como robo violento, no existiendo el menor atisbo de que el acusado amenazase o intimidase de alguna forma a la menor. A lo sumo podría hablarse de un hurto que por el valor de los efectos determinaría que se estuviese ante una falta, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivarían como consecuencia de la reforma que se operó en el Código Penal al suprimirse tal tipo de infracciones, por mucho que varias de ellas pasasen a ser configuradas como delitos leves.

Pero es que el Tribunal entiende que el testimonio de la víctima en modo alguno permite afirmar de modo indubitado que la citada sustracción hubiese tenido lugar. Expuso la menor en el juicio que el acusado le robó el móvil y las llaves, más dijo no recordar cuando se los cogió, terminando por afirmar a preguntas del Tribunal que dichos efectos se los quitó de las manos pero no sabía cuando. A tal patente inconcreción se une que al declarar ante el Juez de instrucción dijo que le cogió el móvil y las llaves que llevaba en el bolsillo, añadiendo más adelante que en el bolsillo llevaba el móvil, que él le agarró las manos para cogerle el móvil, que las llaves se las quitó tirando de la cuerda antes que el móvil, realizando en suma una descripción de los hechos que nada tenía que ver con la ofrecida en el plenario.

SÉPTIMO.- Atribuyó por último el Ministerio Público al acusado una falta de lesiones del art 617 del Código Penal conforme a la redacción vigente en la fecha de los hechos.

Tal imputación descansó facticamente en que a consecuencia de los mordiscos que el acusado propinó a la menor en mejilla, cuello y brazo, así como a los tocamientos, le causó un quebranto corporal consistente en equimosis levemente visible en mejilla derecha de 1'5 cm, un hematoma de 4 x 1'5 cm en cara lateral derecha del cuello, un hematoma de 8 x 2'5 cm en la cara posterior y tercio medio del brazo izquierdo y una equimosis de 2'5 x 1'5 cm en la mama izquierda, lesiones de las que curó tras una primera asistencia facultativa a los siete días, de los que dos fueron impeditivos para sus ocupaciones habituales.

El Tribunal entiende que la actuación llevada a cabo por el Sr Abilio no estuvo presidida por el propósito de menoscabar la integridad física de la menor Tania. Ahora bien, es indudable que al propinar a la misma unos mordiscos, por leve que fuera la entidad de los mismos, el autor se representó sin duda que con ellos era altamente probable que se causara una lesión a quien los sufrió, no obstante lo cual no desistió de su actos, siéndole por consiguiente imputable el resultado a título de dolo eventual.

Sucede que habiéndose curado del quebranto físico sin precisar para ello de tratamiento médico o quirúrgico, los hechos serían constitutivos de una falta de lesiones atendida la fecha de comisión de la infracción.

Ahora bien, el Tribunal no puede obviar que el dictado de la presente sentencia se produce una vez ha entrado en vigor la reforma del C. Penal operada por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, lo que tendrá indudable incidencia en el caso de autos.

El apartado 2 de la Disposición Transitoria cuarta de dicha norma establece lo siguiente: "La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.

Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal."



De acuerdo con lo dispuesto en la STS 4651/2016, de 28 de octubre, se trata en principio de una disposición dirigida especialmente a los procesos que a la fecha de entrada en vigor de la ley se encontraban en tramitación con arreglo a las normas del juicio de faltas regulado en el Libro VI de la LECrim. Así lo indica el título de la disposición "Juicios de faltas en tramitación" y su apartado 1 a tenor del cual "La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal."

Ahora bien, el tenor literal del apartado segundo, ya transcrito, que alude en general a "...la tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta..." permite su aplicación a cualquier tipo de proceso en el que se sustancie responsabilidad por falta, aunque por aplicación del artículo 14.3 de la LECrim y las reglas de conexidad lo sea por los trámites del procedimiento para delitos. No existe razón alguna que justifique que, en atención al cauce procesal, la misma infracción goce de diferente régimen de derecho transitorio.

La falta de lesiones tipificada en el art. 617.1 vigente en la comisión de los hechos, no ha sido despenalizada por la LO 1/2015. Ha sido trasladada como delito leve al art. 147.2 con la consideración típica de delito leve, con mayor extensión de la pena de multa prevista, si bien sometida a una condición de perseguibilidad, la denuncia del agraviado (art. 147.4 CP), lo que determina la operatividad del apartado 2 de la Disposición Transitoria cuarta precedentemente transcrito.

Llegados al presente punto del razonamiento, el Tribunal no podrá pasar por alto que el M. Fiscal no solicitó indemnización por dicho quebranto físico pues sólo lo hizo por el daño moral derivado del delito contra la libertad sexual por el que se acusó, así como por el valor de los bienes que se estimaron sustraídos a la menor. Rigiendo el principio dispositivo en materia civil, no podrá condenarse al acusado al pago de responsabilidad civil por las lesiones.

Por lo que respecta a las costas correspondientes a la citada infracción, toda vez que el pronunciamiento del Tribunal ha de versar no sólo sobre la responsabilidad civil sino, asimismo, sobre ellas, procederá condenar al acusado al pago de las costas correspondientes a dicha infracción, que será una tercera parte de la totalidad de las mismas, como si de un juicio de faltas se hubiese tratado.

OCTAVO.- Ante el contenido de la sentencia, deberán decretarse de oficio dos terceras partes de las costas procesales, condenándose al acusado al pago de la tercera parte restante, como si de un juicio de faltas se hubiese tratado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Abilio de los delitos de agresión sexual a menor de 13 años, agresión sexual, robo con violencia e intimidación y falta de lesiones por los que fue acusado, esta última infracción por aplicación del apartado 2 de la Disposición Transitoria cuarta de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo (el segundo de forma alternativa al primero), declarándose de oficio las dos terceras partes de las costas procesales.

Se condena a dicho acusado al pago de una tercera parte de las costas procesales, correspondientes a la falta de lesiones perpetrada por el mismo, como si de un juicio de faltas se hubiese tratado.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y se notificará al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, así como personalmente al procesado, haciéndose saber que no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días, ante esta Sección y para ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando en esta instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.