



Roj: **SAP BI 2139/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:2139**

Id Cendoj: **48020370022019100255**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **11/06/2019**

Nº de Recurso: **40/2018**

Nº de Resolución: **46/2019**

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

Ponente: **MARIA JOSE MARTINEZ SAINZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2139/2019,**
STSJ PV 2164/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN SEGUNDA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA

Barroeta Aldamar, 10-3ª planta - CP/PK: 48001

TEL. : 94-4016663 **FAX** : 94-4016992

NIG P.V. / IZO EAE: 48.04.1-17/018409

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2017/0018409

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 40/2018 - CC

Atestado n.º / Atestatu-zk. :

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : AGRESION SEXUAL /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 2 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 2 zk.ko Epaitegia Sumario / Sumarioa 1357/2017

Contra / *Noren aurka* : Millán

Procurador/a / *Prokuradorea* : RAFAEL BUSTAMANTE MARTIN

Abogado/a / *Abokatua* : INMACULADA PEREZ GARCIA

Victoria en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / *Abokatua*: KATIA MARTINEZ GARCIA

Procurador/a / *Prokuradorea*: ISABEL LOPEZ-LINARES ARECHEDERRA

SENTENCIA N° 46/2019

Ilmo/as. Sres/as:

PRESIDENTE D. JUAN MATEO AYALA GARCÍA

MAGISTRADO Dª MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ SAINZ

MAGISTRADA Dª ELSA PISONERO DEL POZO RIESGO

En la Villa de Bilbao, a 11 de junio de 2019.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial la presente Causa de Sala nº 40/18, procedente del Juzgado de Instrucción nº2 de Bilbao, DP nº 1357/17 por **DELITO DE ABUSOS SEXUALES**



A MENOR , contra D. Millán , nacido el NUM000 /1994, en Gujrat (Pakistan), con Pasaporte núm. NUM001 , hijo de Jose Ramón y de Carla , declarado insolvente y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador D. Rafael Bustamante Martín y bajo la dirección letrada de D^a. Inmaculada Pérez García, habiendo sido parte acusadora pública el Ministerio Fiscal; **y como Acusación Particular D^a. Victoria** , representante legal de la menor perjudicada, representada por la Procuradora D^a. Isabel López-Linares Arechederra y bajo la dirección letrada de D^a. Katia Martínez García.

Expresa al parecer de la Sala como Ponente la lltma. Sra. Magistrada D^a MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ SAINZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se siguieron en fase de instrucción en el Juzgado de Instrucción nº2 de Bilbao como Sumario Ordinario nº 1357/17, en el que resultó procesado D. Millán y remitidas a este Tribunal ha dado lugar al procedimiento RPO 40/2018.

SEGUNDO.- Confirmada mediante auto la conclusión de sumario acordada por auto de 5/09/2018 y acordada la apertura de juicio oral respecto al procesado, las acusaciones y defensas presentaron sus correspondientes escritos de conclusiones provisionales.

El Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional consideró los hechos descritos en el mismo constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 16 años previsto y penado en el art. 183.3 CP ; del que estimó responsable en concepto de autor al anterior, conforme al artículo 28 CP , sin concurrir circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad penal, para el que solicitó la imposición de la pena de 10 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a sustituir por la expulsión del territorio nacional conforme al art. 89 CP , y abono de costas. Con la obligación de indemnizar en concepto de responsabilidad civil a Elsa , en la persona de sus representante legal, en la cantidad de 1.000€ por los daños morales sufridos, con aplicación del art. 576 LEC .

La Acusación Particular ejercitada por D^a Victoria , madre de la menor, presentó escrito de calificación provisional el 12/12/2018 en el que calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 16 años previsto y penado en el art. 183.1 y 3CP ; del que estimó responsable en concepto de autor al anterior, conforme al artículo 28 CP , sin concurrir circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad penal, para el que solicitó la imposición de la pena de 10 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de costas, con la obligación de indemnizar a la perjudicada en la cantidad de 2.000€ por los daños morales sufridos, con aplicación del art. 576 LEC .

Y la Defensa por su parte mediante escrito presentado el 19/12/2018 solicitó su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

TERCERO.- Convocadas las partes para el juicio oral el día 7/05/2019 a las 10,00h, siendo el día y hora señalados tuvo lugar la práctica de la prueba finalizada la cual el Ministerio Fiscal acusación particular y defensa elevaron sus conclusiones a definitivas.

HECHOS PROBADOS

El acusado D. Millán , nacido el NUM000 /1994, mayor de edad, de nacionalidad pakistaní con pasaporte nº NUM001 , sin antecedentes computables y en situación administrativa irregular en España, sobre las 22,00h del día **25 de noviembre de 2017** , salió del establecimiento en el que trabajaba, DIRECCION000 , sito en la c/ DIRECCION001 de DIRECCION002 (Bizkaia), al mismo tiempo en que lo hacían Elsa (nacida el NUM002 /2002) y Eva María (nacida el NUM003 /2004) a quienes conocía por frecuentar desde hacía unos meses dicho local.

El acusado fue en bicicleta detrás de las menores en la misma dirección que estas llevaban, hasta que al llegar a la altura de una zona conocida como " DIRECCION003 " Eva María se marchó, quedándose sola Elsa hablando con él, dirigiéndose a continuación ambos a una zona apartada junto a unas escaleras.

Una vez allí, en circunstancias no suficientemente esclarecidas, pero en las que medió algún beso, el acusado se bajó los pantalones y acercó su pene a Elsa mientras le sujetaba la cabeza, sin que llegara a introducirlo en su boca al retirarse ésta.

No se ha probado que le introdujera también sus dedos en la vagina ni que realizara con ella ningún otro acto de naturaleza sexual.

Elsa había estado bebiendo esa tarde una cantidad elevada de alcohol.



El acusado creía en el momento de los hechos que Elsa era mayor de 16 años, sin que hubiera agotado las medidas asegurativas a su alcance para comprobarlo.

Como consecuencia de estos hechos Elsa presentó sintomatología de corte postraumático, compatible con trastorno de la adaptación. Este cuadro no precisó ayuda profesional, dada su actitud de rechazo a la ayuda psicológica. Precisó para su estabilización lesional, 15 días, siendo todos ellos de perjuicio personal básico (días no impeditivos) como secuela personal atribuible a los hechos denunciados ha quedado miedo a estar en la calle siendo de noche y cierta pérdida de confianza en el sexo masculino. Lo más probable es que estos síntomas y daño psíquico desaparezcan en un período de tiempo aproximado de 1 año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento de las partes y resumen de prueba.*

Los hechos acreditados resultan tras apreciar en conciencia, artículo 741 LECrim, la declaración del acusado y la totalidad de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, consistentes en la testifical de Elsa, de su madre, de varias amigas de la primera, de los agentes de la Ertzaintza que recogieron los primeros testimonios de las anteriores, junto con la prueba documental unida a la causa, y pericial ratificándose sus autores en los informes del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (f. 156-18), del Instituto Vasco de Medicina Legal (f. 164-165 y 169-201), del Servicio de Urgencias del Hospital de DIRECCION004 (f. 27-28) y de la Clínica Médico Forense de Bilbao (f.199 a 201).

Examen realizado en todo caso con observancia del principio de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que rige a favor del acusado.

Principio que implica, por un lado, que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Y, por otro, que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación y cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica y máximas de experiencia y conocimientos científicos, que sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y la participación en ellos del acusado, descartando la versión alternativa ofrecida que éste haya podido ofrecer por carencia de la necesaria racionalidad.

Debiendo precisarse, además, que la presunción de inocencia solo queda desvirtuada cuando se han probado todos y cada uno de los elementos de carácter fáctico del tipo delictivo, tanto objetivos como subjetivos, insistiéndose en la STC nº 126/2012 en que el enjuiciamiento de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales.

En aplicación de la doctrina expuesta, mantienen tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular que los hechos son constitutivos de un delito de abuso sexual cometido sobre menor de dieciséis años, previsto en los arts. 183.1 y 3 CP, considerando autor del mismo al acusado. Mientras que la Defensa niega que éste llegara a mantener relaciones sexuales con Elsa la noche de los hechos, más allá de tocarse por encima de la ropa al besarse. Manteniendo, en todo caso, que desconocía su edad exacta pero pensaba que era mayor de 16 años.

En concreto, el acusado ha declarado en el juicio que conocía a Elsa y a sus amigas desde hacía tiempo porque frecuentaban el DIRECCION000 en que él trabajaba, y que aunque no sabía su edad concreta, creía que era mayor porque lo parecía hablando con ella. Que solía ir al DIRECCION000 con sus amigas *para pillar wifi*, pero no sabía si estudiaban o trabajaban, que las conversaciones con ellas era de *hola! , qué tal?*, y poco más. Que también se seguían en Instagram.

Y en relación a los concretos hechos que motivan las acusaciones, manifiesta que el 25 de noviembre de 2017 coincidió con ella en el DIRECCION000 y después en la calle, sobre las 22h, con ella y una amiga. Él salió por un pedido y Elsa con su amiga salieron también. Él iba andando con la bici en la mano, hablando con ellas. Después la amiga se separó en la zona de los ascensores y él que quedó con Elsa hablando como amigos. Que ella pidió un cigarro, diciéndole él que no fumaba, y ella entonces le dijo que a cambio de 5€ le daba un beso, y que al besarse, voluntariamente, la pudo tocar el pecho y ella a él el culo, pero niega que pasara más. Ella se sentó a un lado y él se marchó para entregar pedidos. Después él entregó el pedido y volvió al DIRECCION000. En la zona donde ocurrieron los hechos, en la parte de arriba de las escaleras, pasaba bastante gente. Sobre el estado que apreció en Elsa manifiesta que no puede decir con seguridad que Elsa estuviera bebida. Que, en todo caso, en el DIRECCION000 no bebió alcohol. Y niega conocer los motivos de haber sido denunciado ya que antes de los hechos eran amigos y no tenían problemas.



Frente a dicha versión exculpatoria, la menor Elsa ha declarado en sala distinta conectada con la de la Vista, alejada del acusado, de conformidad con las previsiones legales de la LECrim para dotar de protección a los menores de edad. Sobre el conocimiento que de su edad podía tener el acusado ha manifestado que su cumpleaños es el NUM002 y sus amigos le felicitan por Instagram, sin poder recordar si en su cumpleaños anterior a los hechos (NUM002 /2018) ya había aceptado a Millán como amigo en Instagram. Que aunque no le dijo la edad, ni recuerda que él se lo preguntara, él sabía que iban al instituto, dando clase en el que ella estudiaba hasta segundo de bachiller. Y manifiesta no recordar que en el DIRECCION000 hubiera llegado a celebrar sus amigas algún cumpleaños.

Respecto a lo ocurrido el día de los hechos, declara que esa tarde estuvo en el parque de al lado del DIRECCION000 pero entraban y salían; había bebido vodka, una media botella desde las 5 de la tarde, estaba un poco afectada, pero bien, no estaba borracha. Salió del DIRECCION000 para irse a casa con su amiga Eva María y vio que Millán lo hizo detrás de ellas, con una bici. No iban juntos. Creía que él se iba también para su casa.

Cuando Eva María y ella se separaron, él se puso a su altura y parecía que quería hablar, a ella le daba igual, le caía bien y no pensaba que le gustara. No recuerda muy bien lo que le decía, igual sería que "qué tal lo había pasado". Que iban a la par y al llegar como a unas escaleras, él se separó y la llamó, ella le dijo que qué pasaba, y él empezó como a ganar tiempo, miraba a ambos lados. No pasaba gente. La bajó como 3 o 4 escaleras, y entonces ella se puso como en shock. La besó, pero ella a él no, le decía que la dejase cuando él empezó a tocarle los pechos, y al segundo la bajó los pantalones y empezó a notar algo, cree que eran los dedos. Le empujó para intentar subírselos y él la sentó en el escalón. Aunque se levantaba, la volvía a sentar, le empujaba y le decía que la dejara en paz, estaba llorando, no recuerda que la tirara al suelo. No le tapó la boca y ella le chillaba. En ese momento vio que también él tenía los pantalones bajados, sin saber cómo ni cuándo lo había hecho. La fue acercando, notó su pene en su boca y entonces la soltó y ella se apartó y él le puso en la mano un billete de 5€.

Pocos momentos después vio a Esmeralda y a unos amigos pasar por allí y fue hacia ellos. Les dijo lo que le había pasado, que le había obligado a chupársela. Entonces apareció de nuevo Millán, y Esmeralda le llamó enfadada, parecía que iba a decirle algo pero ella le dijo que no le llamase. Luego se fue a casa y allí se lo contó todo a su prima Dulce. A su madre no quería decírselo por no preocuparla y tampoco quería hablar de ello, lo único que quería era irse de DIRECCION002. Pero su prima al final lo contó y ahora cree que hizo bien pero en ese momento era más cría.

Cuando fue al Hospital, ella intentaba pensar para contarle todo bien, el médico intentaba mirarla, pero ella *por así decirlo* no estaba preparada. Explica que cuando se recoge en el informe que dijo que creía haber sufrido una penetración vaginal y no sabía si había dado su consentimiento, lo dijo porque le daba miedo denunciar. Pero que a sus amigas si les dijo desde el principio lo que había sucedido. Y que a raíz de los hechos tuvo miedo a ir sola por la calle, pidiendo que la acompañaran.

Testifical de Esmeralda, amiga de Elsa. Menor de edad, al haber cumplido 15 años en NUM004 de 2017.

Manifiesta que ese día vio a Elsa sobre las 7 aproximadamente, y luego sobre las 9 diciéndole que se iba a ir para casa, pero no lo hizo. Que cuando la encontró sobre las 7 no estaba bebida pero sí le dijo que había estado bebiendo. Manifiesta no recordar haber dicho en instrucción que ella o alguien le tiraran la botella, pero que si lo dijo sería así. Que estaba *normal, pero alegre*.

Que luego ya, cuando se la volvió a encontrar después de los hechos, sobre las 23,00h, estaba mojada, llorando, y tan agobiada que se cayó. Le dijo que había estado con un chico que le había obligado a hacer cosas que no quería. Que le había obligado a chupársela y tratado como una puta al darle un billete de 5€, porque sabía que no tenía dinero y la había forzado a hacerlo, a chupársela, dándole luego una palmadita en la cabeza. Le dijo que no la respetaba. No recuerda que le hablara también de una penetración vaginal. También le decía que no recordaba todo lo que había pasado. Que Millán llegó con su bicicleta eléctrica cuando todavía estaba Elsa contándole lo sucedido y le preguntó que qué hacía pero Elsa la tapó la boca para que no hablara. Viendo que Millán miró a Elsa *de mala manera*.

Sobre si conocía a Millán con anterioridad, manifiesta que le habían conocido al empezar ese mismo curso, en septiembre, cuando comenzaron a frecuentar el DIRECCION000. Que de todas las amigas que iban, Elsa y ella eran las de más edad. Que Millán las seguía a todas en Instagram pero no recuerda que llegaran a hablar en ningún momento de su edad con él. Que les regalaba comida del bar, pensando ahora que se aprovechaba de ellas, ya que incluso la llegó a grabar fotos de su culo. Y preguntada sobre cómo vio a Elsa después de los hechos, relata que el mismo día no quería decir nada, pero ella le dijo que tenía que contarle. Y luego, notó cambios en ella, tenía miedo de volvérselo a encontrar, siempre quería ir acompañada de alguien.



Testifical de Eva María , amiga de Elsa . También menor de edad, al haber cumplido 13 años en NUM003 de 2017.

Que conocía a Millán de vista porque solían ir al DIRECCION000 , y preguntada si Millán sabía la edad que tenían dice que podría porque *igual se lo habrían dicho y además porque es la que aparentan*. Que aunque se seguían por Instagram, no recuerda que con él se felicitaran por sus cumpleaños.

Que ese día cuando quedó con Elsa vio que había bebido, *pero estaba consciente , borracha pero tampoco mucho*. Aunque no le dijo lo que había bebido, supone que sería vodka blanco porque es lo que solía beber. Que no recuerda el momento en que se juntó con ella y tampoco verla beber. Pero sí que estuvieron en el DIRECCION000 y que se marcharon juntas para casa sobre las 10 o 10 y media.

Que Millán iba con la bici por detrás de ellas; no sabe si las seguía; no recuerda si les decía algo. Iban para casa y cuando se separaron las dos, Millán continuó por el lado que tomó Elsa , aunque no iban juntos. Que cuando ella llegó casi a su portal no entró directamente sino que tomó la cuesta hacia arriba, hacia el *chino del telepi* a comprar una cosa y al irse los vio en las escaleras al lado del túnel del DIRECCION007 . No estaban haciendo nada, estaban sin más, hablando. Uno enfrente del otro, de pie, normal, y se marchó ya para casa. Luego Elsa le contó los hechos *cuando se enteró todo el mundo* . Después de la denuncia, al de unos 4 días, cuando le preguntó. Que le da vergüenza decir que le contó: "*que se liaron*" -en referencia, aclara, a que se besaron-, "*le obligó a chupársela y le metió algo en la vagina, no sabía si los dedos o el pene*". Manifestando no recordar que le contara más.

Testifical de Otilia amiga de Elsa . También menor de edad, al haber cumplido 14 años en NUM005 de 2017.

Preguntada si podía conocer Millán la edad de Elsa dice que no lo sabe pero que un día le ofreció marihuana por lo que supone que le preguntaría la edad, que se conocían desde hacía algún tiempo pero no recuerda exactamente cuándo.

Y sobre los hechos, manifiesta que se enteró esa misma noche Elsa le mandó videos contándoselo (parte de la conversación se refleja por la captura de pantallazos del móviles de Otilia unidos como prueba documental, f. 44 a 54). Que le dijo que subía a casa con Eva María y por detrás iba Millán con la bici, que la paró y llevó a unas escaleras y le dijo que si le daba 5€ le daba un beso o algo así, le enseñó después el billete de 5€. Que luego él se bajó los pantalones y se los bajó a ella y , *"eso¿ no sabe cómo decirlo¿ que estaba muy nerviosa y quería irse de allí¿ que notó algo"* . Que supone que, aunque había bebido, recordaba los hechos. Que al principio le decía que no sabía lo que le había pasado con la penetración, pero luego hablando con ella le dijo que le metió los dedos y la obligó a hacerle una felación.

Testifical de Victoria . Madre de Elsa , con quien acudió transcurridos dos días desde los hechos al Servicio de Urgencias del Hospital de DIRECCION004 .

Sobre las circunstancias en que supo de los mismos, relata que esa noche al llegar Elsa a casa la vio empapada, que no estaba bebida pero notó que había estado llorando. Que *tuvo una intuición rara*. Estaba su sobrina Dulce y se fueron a la ducha, supo que algo había pasado. Pero ese día no le dijo nada, ni tampoco el siguiente, domingo, no enterándose hasta el lunes a la mañana cuando la llamó su cuñada para decirle lo que le había contado Dulce . Entonces esperaron a que volviera Elsa del Instituto y la llevaron a DIRECCION004 su cuñada, su hermano y ella. Y luego a la Ertzaintza.

Sobre cómo vio a Elsa después de todo ello, dice que aunque nunca le ha contado los detalles sí ha visto que le afectó. Estuvo meses sin salir de casa, le daba miedo hasta abrir la puerta. Que la vio que como se hiciera mayor *de golpe*.

Han declarado también como testigos, las a gentes de la Ertaintza NUM006 y NUM007 , intervinientes en la confección del atestado y, en particular, en la primera toma de declaración a la menor.

Relatando la primera, que habló con la menor el martes siguiente a los hechos, después de hacerlo su compañera NUM007 , que en la exploración estaba reacia a denunciar, a contarle a la familia, sobre todo a la madre, y que ésta estuvo presente durante la exploración.

Sobre los hechos recuerda que les dijo que iba con una amiga y un chico al que conocían de un local y cuando se separó su amiga. Que ella se quedó a solas con él, y la llevó a un sitio escondido donde la intentó dar un beso, hizo tocamientos, e intentó meter la mano en su zona genital. Preguntada sobre el trayecto que tomó la víctima una vez se separó de su amiga, dice que no era el lógico para ir a su casa, ya que se trata de una zona un poco escondida, debajo de un muro, no de paso. Y manifiesta tener la sensación al relatar la menor los hechos de que se apartó de su trayectoria para ir a casa voluntariamente, y que también fue voluntario darle un beso al varón.



Sobre la persona identificada como presunto autor manifiesta que le examinaron al móvil con su consentimiento y vieron y que había tenido contactos previos con las menores. En concreto que Elsa le había aceptado en Instagram, no recordando la fecha. Y preguntada si cree que el acusado conocía que Elsa era menor de edad declara creer que no, ni tampoco la repercusión de su edad en nuestro país a efectos legales. Aunque le detuvieron y pusieron a disposición judicial porque el hecho legalmente en España es grave, y además no tenía un domicilio estable.

Por su parte, la agente de la Ertaintza NUM007, presente en la primera declaración, manifiesta que es difícil valorar si la menor quería o no denunciar los hechos. Que en su declaración estuvo con la madre. Dice tener también la impresión de que los primeros tramos en que se fue con el varón, lo hizo voluntariamente, que era una zona oscura, con recovecos. Y que no sabe si éste tenía certeza de la edad de Elsa, ya que en el DIRECCION000 donde trabajaba estaban mezclados tanto mayores con menores.

Por último, la declaración del agente de la Ertaintza NUM008, interviniente en la detención del investigado, no ha aportado ningún dato de interés para el enjuiciamiento más allá de confirmar que el lugar donde se perpetraron los hechos es una zona apartada (algo que se puede constatar de las fotografías unidas a los f.82 y 83). Que al detenido se le informó de los motivos de la detención. Y que estuvo colaborador, sin recordar nada especial.

Habiendo prestado también declaración testifical a instancia de la Defensa, D. Armando, responsable del DIRECCION000 en el que trabajaba Millán al momento de los hechos desde hacía unos meses, no haciéndolo ya en la actualidad.

Manifiesta que ese día había ido a llevar un pedido a la zona de DIRECCION005 en DIRECCION002. Exhibido por la Fiscal al testigo el plano de la zona que obra al folio 95, dice que no cree que la zona que se le indica estuviera de camino para entregar el pedido. Que salió sobre las 10 o 10,30h, tardaría unos 35¿ y cuando regresó cogió otro pedido para llevar a DIRECCION006. Y que al día siguiente de los hechos las mismas chicas volvieron al local las chicas para tomar wifi, no entraron, pero pasaron.

Prueba pericial. D. Octavio y D^a Catalina, ambos en su condición de médico forense y ginecóloga de guardia en el Hospital de DIRECCION004, se han ratificado en sendos informes de 27/11/2017 unidos a los folios 6 y 27-28 respectivamente.

Afirman que reconocieron conjuntamente a la menor. Que su relato no era muy seguro, recordando haber bebido bastante alcohol, sin conseguir que diera datos concretos de lo que había ocurrido ni el lugar. Que fue muy reacia al reconocimiento físico. En los apuntes que tomó el Dr. Octavio dice tener anotado que estaba como enfadada, por todas las circunstancias. Que su madre estaba delante e intentaba mediar en el enfado, pero no que interviniera en el relato Y que no tenía un recuerdo exacto de lo que había pasado, que le bajó el pantalón y la braga y que creía que la penetró, sin saber si había dado el consentimiento. Aclaran que la referencia en el informe de que la menor tras haber terminado el reconocimiento físico dijo recordar haberse visto obligada a hacer una felación no fue contestando ninguna pregunta sino una manifestación espontánea. Y se ratifican en que el himen parecía encontrarse íntegro y en el resultado normal de la exploración ginecológica realizada.

Las peritos D^a Felicidad (en sustitución de D. Indalecio) y D^a Gema, se han ratificado en su informe obrante a los folios 164 y165, tras analizar la muestra de orina tomada a Elsa cuando fue reconocida en Urgencias -2 días después de los hechos- para detectar tóxicos orgánicos, en particular, alcohol etílico, drogas de abuso y medicamentos, sin detectar restos de alcohol por el tiempo transcurrido entre los hechos y la toma de muestras, y resultado positivo a cannabis que, según afirman, puede referirse a mucho tiempo anterior porque es en orina y cantidad muy baja, siendo una sustancia que permanece mucho tiempo. Por lo que, aunque se puede datar en el tiempo porque depende del metabolismo, en esa cantidad no tenía por qué ser para nada un consumo reciente.

Obran también unidos a los folios 156 a 158, y 230 a 232 sendos informes (en relación al Dictamen M17-13552) del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de Madrid, con el objeto de analizar las muestras tomadas de la zona vaginal y vulvar de la menor durante su reconocimiento en Urgencias. Recogiendo el primero de ellos el resultado negativo en la detección de semen. Y el segundo la no detección de ADDN de varón tras el estudio genético celular sobre las muestras de los hisopos vaginales.

Y, por último, D^a Martina y D. Octavio, (en sustitución de D^a Tania) se ratifican en el informe médico forense de 10/04/2018 (f. 199 a 201) en el que recoge como Conclusiones:

" Elsa es una adolescente de 15 años, con una competencias socio-cognitivas y comportamentales dentro de la normalidad. Muestra, como le corresponde por edad, una identidad personal insuficientemente configurada.



Destaca su tendencia a ocultar dificultades, dando la apariencia de que las cosas que pueden resultar traumáticas no le afectan.

Elsa ha vivenciado la situación denunciada como una relación sexual no consentida. Transmite a su manera, y desde los recursos con que cuenta, que los hechos los vivenció de forma traumática.

Presentó a consecuencia de las vivencias secundarias a los hechos denunciados, sintomatología de corte postraumático, compatible con trastorno de adaptación.

Descartadas otras situaciones de estrés, este trastorno puede considerarse, desde el punto de vista médico legal, como secundario a los hechos, dadas sus características, intensidad y cronología. Este cuadro no precisó ayuda profesional, dada su actitud de rechazo a la ayuda psicológica.

Precisó para su estabilización lesional 15 días, siendo todos ellos de perjuicio personal básico. Y como secuela temporal atribuible a los hechos ha quedado miedo a estar en la calle siendo de noche y cierta pérdida de confianza en el sexo masculino. Síntomas de daños psíquico que lo más probable es que desaparezcan en un período de tiempo aproximado de 1 año".

Aclarando, en todo caso, que no se trató de una informe sobre credibilidad del testimonio de la menor y poniendo de manifiesto las dificultades de valorar la credibilidad cuando alcohol de por medio.

Y, tras ponerles de manifiesto la posible contradicción entre lo que se recoge que dijo la menor en la guardia del hospital (que creía haber sufrido una penetración vaginal, sin recordar si dio el consentimiento, que había bebido mucho alcohol y le había obligado a hacer una felación), y lo que después le dijo a ella ("lo recuerdo a cachos, me metió el dedo, dicen que no es la polla porque estaba el himen íntegro, también le metió la polla en la boca, pero la retire yo"), manifiesta la Dra. Martina que no tiene por qué ser contradictorio, que en la guardia podía estar todavía influenciada por la ingesta de alcohol previa. Y tras aclararle que el reconocimiento fue al de 2 días de los hechos, explica que igual estaría enfadada, que es una chica que por su forma de ser, por su historia personal y familiar, está acostumbrada a obviar las dificultades, no rayarse, y cree que no le dio mucha importancia a este tema, ya que tiene muchas dificultades en su infancia, previas a estos hechos.

SEGUNDO.- Valoración probatoria

La valoración en conciencia del resultado de la prueba practicada, tal y como ha quedado expuesto, hace preciso llamar la atención con que en los delitos atentatorios contra la libertad e indemnidad sexual, al cometerse en la intimidad sin presencia de testigos, y no dejar en múltiples ocasiones huellas de su comisión, alcanza una relevancia fundamental el testimonio de la víctima que se erige así en la principal, si no la única en ocasiones, prueba de cargo. Lo que supone una situación límite de riesgo para el derecho a la presunción de inocencia, al parecer que bastaría con formular inicialmente la acusación y posteriormente mantenerla para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien afirma haber sido víctima de los hechos.

Por ello, en la búsqueda de un necesario equilibrio entre la obligación de extremar las cautelas para conjurar los riesgos mencionados y de evitar la impunidad de determinados hechos de tipología delictiva como la que nos ocupa, se han venido estableciendo por el Tribunal Supremo (SSTS ROJ 7536/2010 de 22 de diciembre y 6816/2010 de 2 de diciembre) parámetros en orden a verificar la racionalidad del proceso valorativo.

Primero, ausencia de incredulidad subjetiva que pueda resultar de las características o circunstancias personales de la víctima. Su comprobación (SSTS nº 553/2014 de 30 de junio y 706/2000, de 26 de abril) exige un examen minucioso del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, cuyo testimonio es el principal basamento de la acusación. Al ser necesario descartar que la declaración inculpatoria se haya podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad y, al mismo tiempo, excluir cualquier otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad.

Segundo, verosimilitud de la declaración, en el sentido de que sea lógica, mantenida en el tiempo y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Con el suplementario apoyo, además, de datos objetivos a modo de corroboraciones periféricas que, de una manera directa o periférica, sirvan para corroborar y reforzar aspectos concretos de las manifestaciones inculpatorias. Siendo evidente que la exigencia de verosimilitud debe aquilatarse en aquellos casos en los que el delito, por sus especiales características, no es susceptible de dejar huellas o vestigios materiales de su ejecución.

Y, tercero, persistencia en la incriminación, que supone examinar la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios por parte de la víctima durante el proceso. Sin exigir una absoluta coincidencia en los sucesivos relatos pero sí que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda



extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante, presente en todos ellos.

Aclarando que dichos parámetros, en todo caso, no son requisitos que necesariamente hayan de concurrir en su totalidad para que la prueba sea suficiente, a modo de exigencias cuasi-normativas, de tal manera que si se dan todos se concluya necesariamente que la declaración de la víctima es veraz o, por el contrario, cuando falta alguno de ellos resulte obligado descalificar tal testimonio, sino aspectos que han de valorarse por el órgano judicial encargado del enjuiciamiento, posibilitando reafirmar o desechar impresiones, intuiciones o convicciones, y ayudando todos ellos, en última instancia, al necesario proceso para generar en el mismo la convicción a que se hace referencia en el art. 741 LECrim de que el testigo ha sido veraz.

En aplicación de lo expuesto al caso, se aprecia en líneas generales credibilidad subjetiva en la víctima. Aunque el único informe médico forense confeccionado durante la instrucción no es específicamente de credibilidad, se recoge en el mismo que se trata de una adolescente consciente y bien orientada, con capacidades cognitivas dentro de la media. Sin que se haya aportado a la causa ningún dato revelador de que pudiera existir algún tipo de ánimo espurio en la interposición de la denuncia, respecto al acusado (odio, resentimiento, venganza;) o de otra índole (ánimo de proteger a un 3º o interés. o cualquier otro que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

Pero hay aspectos que no han quedado bien resueltos a la hora de valorar la verosimilitud de su testimonio con el apoyo de datos objetivos que la corroboren, en cuanto a la dinámica completa de los hechos que son objeto de acusación.

Resulta fácil contextualizar el tiempo y lugar en que se iniciaron: tras salir Elsa con su amiga Eva María del DIRECCION000, sito en c/ DIRECCION001 de DIRECCION002 sobre las 22,00h del día 25/11/2017, hacerlo tras ellas en bicicleta el acusado, recorrer varias calles así, y quedarse juntos Elsa y él en una zona conocida como " DIRECCION003 " al separarse Eva María para ir a su casa.

Pero no tanto conocer si el desarrollo concreto de los mismos fue como mantienen las acusaciones en sus respectivos escritos de calificación elevados a definitivos, en coherencia con el relato del auto de procesamiento de 24/06/2018. En ambos se mantiene que tras quedarse solos y aprovechándose el acusado del estado de embriaguez que presentaba la menor la apoyó contra la pared y la besó, la bajó el pantalón y la introdujo los dedos en la vagina y después se los bajó él agarrando su cabeza en ademán de que le hiciera una felación sin llegar a conseguirlo al retirarse ella. Dicho relato es fruto de las manifestaciones efectuada por la menor durante la instrucción, más que de lo declarado de hecho en el juicio, por cuanto que en el mismo ha insistido en que llegó a sentir el pene dentro de su boca. Debiéndose estar en todo caso -exigencia derivada del principio acusatorio- a la secuencia recogida en los escritos de acusación.

La verosimilitud del relato de Elsa no ha venido avalada en su conjunto, excepción hecha del intento de felación que aparece de forma persistente en todas las referencias efectuadas por la menor a las personas de su entorno de amigas o profesionales con los que estuvo en contacto inmediatamente con posterioridad a ellos.

Así, en primer lugar lo ha declarado su amiga Esmeralda, con quien se encontró pocos minutos después, diciendo que le comentó un chico le había obligado a chupársela y tratado como una puta al darle un billete de 5€, sin recordar que le hablara también de una penetración vaginal, y que le decía que no recordaba todo lo que había pasado. La referencia única a una felación aparece también en la conversación que mantuvo esa misma noche con su amiga Otilia, aunque posteriormente haya declarado que días después hablando con ella le haya dicho que también hubo penetración vaginal.

En el informe de Urgencias del Hospital de DIRECCION004 se recogen como manifestaciones iniciales de la menor *creer haber sufrido una penetración vaginal sin recordar si dio el consentimiento, que había ingerido bastante alcohol, encontrándose embriagada* y como manifestaciones espontáneas al final del reconocimiento, recordar también que se vio *obligada a realizar una felación*.

Los agentes que recogieron su denuncia formulada en la Comisaría de la Ertzaintza acompañada de su madre declaran que la menor no parecía recordar mucho los hechos, pero que les pareció que los besos fueron voluntarios y que el lugar donde se produjeron no es una zona de paso.

Y la madre no ha podido relatar en su testimonio ningún dato corroboratorio del relato de su hija al reconocer que apenas ha hablado con ella de los hechos.

Tampoco en la exploración médica realizada en el Hospital de DIRECCION004 al de 2 días de los hechos se objetivó ningún tipo de lesión. En los informes del INT de Madrid el resultado del análisis de las muestras obtenidas de la zona vaginal y genital de la menor ha sido negativo a semen y ADN de varón. Y en el informe



del Instituto Vasco de Medicina Legal sobre una muestra de orina, obtenida 2 días después de los hechos, para detección de alcohol y tóxicos, únicamente se ha detectado restos de cannabis en cantidad no significativa.

En cuanto a la persistencia en la incriminación, tampoco se aprecia consistente en lo relativo al modo en que se inició el contacto físico entre ambos, las circunstancias en que el acusado le entregó un billete de 5, algo también reconocido por éste y constatado por la testigo Esmeralda al decir que Elsa le enseñó el billete enfadada diciendo que se había sentido como una puta, o si hubo o no penetración vaginal, al silenciar dicho dato a sus amigas y no referirlo hasta acudir al de 2 días a ser reconocida al Hospital en compañía de su madre y otros familiares. Manifestando entonces que se encontraba embriagada, no recordando bien los hechos ni si consintió.

La circunstancia de que cuando sucedieron se encontrara afectada por una elevada ingesta alcohólica ¿ cuando salían de fiesta solían beber media botella de vodka-, se desprende de sus propias manifestaciones y del testimonio de las amigas que ha depuesto y que la vieron la misma tarde y noche de los hechos. Y aunque dicha ingesta, podía no resultar evidente, pero resulta razonable inferir que tuvo que afectar a la menor siquiera levemente, tanto en sus facultades cognitivas y volitivas en el momento en que sucedieron, como en el proceso de fijar en la memoria lo vivido.

Y por todo ello, la declaración de la menor como única prueba de cargo con las valoraciones y precisiones efectuadas, permite concluir que una vez Elsa sola con el acusado y tras mediar algún beso, en circunstancias no suficientemente esclarecidas, éste se bajó los pantalones y acercó su pene a Elsa mientras le sujetaba la cabeza, sin que llegara a introducirlo en su boca al retirarse ésta. Y que Elsa había bebido esa tarde una cantidad elevada de alcohol.

Sin que haya resultado probado en cambio que el acusado le introdujera también sus dedos en la vagina. Ni que conociera que Elsa en el momento de los hechos era menor de 16 años, no constando, por los motivos que se expondrán, que hubiera agotado las medidas asegurativas a su alcance para comprobarlo.

TERCERO.- Calificación jurídica

Los hechos declarados probados en la presente resolución y anteriormente relatados, son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 16 años previsto en el artículo 183.1 y 3CP, en su redacción conforme a la reforma operada por la LO 1/2015, vigente en el momento de los hechos.

El artículo 183.1 dispone que "el que realizare actos que atenten contra la *indemnidad sexual de 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*". Y el 183.3 que " *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.*"

La redacción de dicho precepto, operada por la reforma del CP operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo para, según se recoge en su Preámbulo, *llevar a cabo la trasposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, como novedad más importante eleva la edad del consentimiento sexual a los 16 años. La Directiva define la "edad del consentimiento sexual" como la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de naturaleza sexual con un menor. De esta manera la realización de actos sexuales con menores de 16 años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo sexual y de madurez.*

Y el elemento esencial de los abusos sexuales, sin contar con el consentimiento libre de la persona sometido a ellos, deviene obligado en supuestos como el contemplado, al establecerse por el legislador que debe de castigarse como delito de abuso sexual, en todo caso, el participar en actividades sexuales con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, esto es, los 16 años.

Así, siguiendo al efecto lo recogido en la STS nº 287/2018, de 14 de junio de 2018, en estas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contraestímulos suficientemente fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido. Consecuentemente, en los supuestos de menor de 16 años hay una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido, resultando irrelevante el consentimiento de aquél en mantener relaciones, toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la licitud de éste. Que



el menor puede consentir perfectamente la realización de un acto sexual, esto es, prestar un consentimiento natural, pero la Ley le presume falta de capacidad de consentimiento jurídico y en virtud de esa presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica.

Insistiendo en la STS nº 337/2018 de 5 de julio que la ley establece una presunción iuris et de iure de consentimiento viciado cuando no se han alcanzado los dieciséis años, salvo el supuesto excepcional del artículo 183 quater CP, que excluye la responsabilidad en los casos de consentimiento libre del menor cuando exista simetría en madurez y edad con el sujeto activo, que no es el caso que nos ocupa.

Dicho supuesto se ha descartado acertadamente por la Acusación Particular en fase de informes, no solo porque no se ha probado que concurriera efectivo consentimiento de la menor ¿de hecho, es algo que la prueba deja cuestionado- ni que las circunstancias de ambos fueran próximas por edad y grado de desarrollo. Elsa contaba con 15 años y el acusado tenía 23. Y, más allá de que se conocieran por frecuentar desde hacía meses la menor con sus amigas el bar en que éste trabajaba, el grado de madurez de ambos no se desprende que fuera similar, siendo Elsa estudiante de un instituto y su entorno de amistades se componía de amigos incluso menores que ella.

En cuanto a los elementos integrantes del subtipo cualificado de abusos sexuales del artículo 183.3 CP son: a) un requisito objetivo, que estriba en una acción lúbrica que atente contra la indemnidad sexual de una víctima menor de 16 años de edad. b) un elemento también objetivo consistente en que el ataque a la libertad sexual se realice sin emplear violencia e intimidación y consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o miembros corporales por alguna de las dos primeras vías. Y, c) un elemento intencional o subjetivo que, más allá de la finalidad libidinosa cuya exigencia se cuestiona por la jurisprudencia más reciente (por todas, STS nº 433/2018, de fecha 28/9/2018), se conforma por el conocimiento por el autor de que la víctima es menor de 16 años y la conciencia de su actuar antijurídico, cuyo reverso sería el error de tipo, vencible o invencible, del artículo 14 del CP.

En el trámite de informe la defensa del acusado invoca sin mencionarlo expresamente, un supuesto de error de tipo alegando que no se ha acreditado que el acusado conociera que Elsa era menor. Que en el grupo de amigas Esmeralda y ella eran *las mayores* y sus hábitos eran de personas adultas.

Respecto al error de tipo como causa de exclusión de la responsabilidad criminal, el artículo 14-1º CP establece que *"el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso como imprudente"*.

El error de tipo supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos de los elementos descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia, según sea vencible o invencible. Siendo doctrina jurisprudencial reiterada que el error, como toda modificación de la responsabilidad criminal, ha de acreditarse como el hecho mismo, y que su prueba compete a quien lo alega. Y el conocimiento equivocado o juicio falso, incidirá 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, 1238/2009 de 11.12, 392/2013 de 16.5 y 97/2015 de 24.02), calificando la jurisprudencia como error de tipo el que versa sobre la edad en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Así, la STS nº 320/2017, de 4 de mayo dispone que, *l a doctrina sobre el error como causa de exclusión del dolo -error de tipo- o como presupuesto excluyente de la culpabilidad - error de prohibición- ha sido ampliamente abordada por esta Sala (SSTS 737/2007, 13 de septiembre ; 411/2006, 18 de abril ; 721/2005, 19 de mayo ; 709/1994, 28 de marzo ; 873/1994, 22 de abril , entre otras muchas).*

Precisando la STS nº 145/2011, de 21 de febrero que, *en todo caso, el error de tipo no ha de considerarse necesariamente como cierto por el solo hecho de su invocación, sino que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado. Su apreciación depende, en cada caso, de que los datos objetivos y materiales probados permitan inferir la existencia del error como conclusión razonable.*

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, considera la Sala que ha quedado probado que el acusado creía que Elsa era mayor de 16 años, premisa que impide apreciar en dicho elemento objetivo del tipo el elemento subjetivo siquiera a título de dolo eventual y conduce a la necesaria aplicación de un error de tipo.

La Defensa en base al testimonio del acusado en el juicio, ha mantenido en todo momento que pensaba que Elsa era mayor de edad, porque sus hábitos eran de una persona adulta (como beber alcohol o consumir cannabis) y que las pruebas aportadas apuntan a que resulta creíble dicho error.



Y del material probatorio examinado se desprende que el dato objetivo de la escasa diferencia de edad entre la que realmente tenía -15 años- y el límite legal de atipicidad -16 años- impide hablar de diferencias de madurez perceptibles por cualquier persona. El desarrollo físico y psicológico que presentaba Elsa según el informe forense era adecuado a su edad biológica y, en consecuencia, no distante de la que habría tenido de contar con 16 años. Y aunque se conocían de antes al día de los hechos por frecuentar el DIRECCION000 en el que trabajaba el acusado, no consta que el tema de la edad hubiera surgido en ninguna conversación entre ellos ni tampoco se infiere necesariamente por su contenido.

Asimismo, no consta que el acusado supiera qué curso estaba estudiando. En el Instituto al que acudía Elsa se impartían los cursos hasta 2º de bachiller, con alumnos, por tanto, mayores de 16 años. El DIRECCION000 al que acudía Elsa con sus amigas era también frecuentado por personas mayores que ella, como mantuvieron las agentes de la Ertzaintza en su testimonio refiriendo que *no les pareció* que el acusado conociera la edad de la víctima y que al local donde trabajaba *iban tanto mayores como menores*. Y en ningún momento a lo largo de la instrucción ni durante el plenario se ha aportado un solo dato sugestivo de que el acusado pudiera conocer la edad de Elsa. Se ha hablado que se conocían de frecuentar el DIRECCION000 desde el inicio del curso en septiembre de ese año, lo que supone que hacía pocos meses desde los hechos. Que aunque se acostumbraran a felicitar las amigas cuando era su cumpleaños con el número de la edad que se acababa de cumplir (+1) las testigos han dicho que no se felicitaban con Millán en Instagram aunque *le habían aceptado*. Y pese a examinarse los móviles tanto de la menor como del acusado y de su amiga Otilia, no consta que se encontrara ninguna conversación de la que se desprenda dicho conocimiento de la edad.

Ello no obsta a que ciertamente deba concluirse que el error sobre la minoría de edad fuera invencible ya que por las circunstancias de proximidad entre acusado y víctima anterior a los hechos objeto de enjuiciamiento le era exigible haber extremado las diligencias de comprobación a su alcance que para conocer la edad Elsa y descartar que fuera menor de 16 años y, en consecuencia, que la antijuridicidad de su acción. Circunstancia ésta que no impide que haya de dictarse en todo caso un pronunciamiento absolutorio, ya que conforme al artículo 12 del CP, " *las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley* " siendo así que no está prevista la modalidad imprudente para el tipo penal objeto de acusación.

CUARTO.- Participación y circunstancias modificativas.

Concurren los elementos objetivos del tipo agravado de abusos sexuales a menores de 16 años de edad del artículo 183-3º del Código Penal en grado de tentativa al poder dar por acreditado que el acusado realizó un intento de felación con Elsa, por lo que es penalmente responsable de dicho delito, en concepto de autor, por su participación material, directa y voluntaria en los hechos enjuiciados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del CP, sin que se hayan alegado ni consta que concurren circunstancias modificativas de su responsabilidad.

QUINTO.- Penalidad

No procede imponer al acusado pena alguna, ya que al concurrir error de tipo vencible nos aboca a un pronunciamiento absolutorio, al estar previsto el delito de abuso sexual solo en su modalidad dolosa.

SEXTO.- Responsabilidad civil

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 109, 110, 111 y 116 CP, la ejecución de un hecho delictivo obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados, siendo la persona responsable criminalmente del delito, también civilmente de las consecuencias derivadas del mismo. Y establece el art. 118.2 CP que, en el caso del artículo 14 del CP, serán responsables civiles los autores del hecho.

La existencia de daños morales para la persona víctima de un delito es, en principio, una consecuencia inherente a dicho tipo delictivo demandando el consiguiente resarcimiento, sin precisar su acreditación, dado su contenido inmaterial, ya que derivan directamente de la acción determinante del daño moral.

Y al reclamar en concepto de daño moral tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular, las sumas de 1.000€ y 2.000€ respectivamente, entendemos más ajustada la mayor de ellas, al resultar en este punto esclarecedor en aras a determinar el alcance del daño causado, acudir de nuevo a las elocuentes conclusiones del informe médico forense según el cual Elsa ha vivenciado la situación denunciada de forma traumática como una relación sexual no consentida. Ha presentado a consecuencia de las vivencias secundarias a los hechos denunciados, sintomatología de corte postraumático, compatible con trastorno de adaptación. Dicho trastorno puede considerarse, desde el punto de vista médico legal, como secundario a los hechos, dadas sus características, intensidad y cronología. Y que aunque no demandó ayuda profesional, dada su actitud de rechazo a la ayuda psicológica, precisó para su estabilización lesional 15 días, persistiendo como secuela



temporal miedo a estar en la calle siendo de noche y cierta pérdida de confianza en el sexo masculino susceptible de desaparecer en un período de tiempo aproximado de 1 año.

La cantidad fijada se incrementará con los intereses legales del art. 576 LEC.

SEPTIMO.- Las costas procesales de conformidad con el artículo 123 CP y 239 y siguientes LECrim se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, debiendo en consecuencia ser declaradas de oficio al ser absuelto el acusado.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLO

ABSOLVEMOS A D. Millán DEL DELITO CONTINUADO DE ABUSOS SEXUALES A MENOR DEL QUE VENÍA SIENDO ACUSADO, CON TODOS LOS PRONUNCIAMIENTOS FAVORABLES.

El acusado ha de indemnizar a la menor Elsa , en la persona de D^a Victoria en la suma de 2.000 €, cantidad que se incrementará con los intereses legales del artículo 576 de la LEC.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Déjense sin efecto cuantas medidas cautelares personales o reales se hubiesen adoptado en relación con el acusado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 681.2 y 3 LECrim para la protección de la intimidad de la víctima menor de edad y de sus familiares, queda prohibida la divulgación o publicación de información relativa a su identidad o de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta.

Contra esta sentencia puede interponerse RECURSO DE APELACIÓN ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 846 ter de la LECr). El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por abogado/a y procurador/a, presentado en este Tribunal en el plazo de DIEZ DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de su notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as.

Sres/as. Magistrados/as que la firman, y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el día trece de junio de dos mil diecinueve, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe