



Roj: **SAP BI 3852/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:3852**

Id Cendoj: **48020370012019100441**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2019**

Nº de Recurso: **42/2017**

Nº de Resolución: **81/2019**

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

Ponente: **REYES GOENAGA OLAIZOLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN PRIMERA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR, 10-3ª Planta - CP/PK: 48001

TEL. : 94-4016662 **FAX** : 94-4016992

NIG P.V. / IZO EAE: 26.02.1-16/000047

NIG CGPJ / IZO BJKN :26036.43.2-2016/0000047

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 42/2017 - I

Atestado n.º / Atestatu-zk. : NUM000 - NUM001 LOGROÑO

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : CONTRA LIBERTAD SEXUAL /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 - UPAD Penal / DIRECCION000 Instrukzioko 1 zenbakiko Epaitegia - Zigor-arloko ZULUP Sumario / Sumarioa 111/2016

Contra / *Noren aurka* : Avelino

Procurador/a / *Prokuradorea* : MARIA LARRASQUITU CONCEPCIÓN

Abogado/a / *Abokatua* : DAVID SAINZ DE ROZAS DE LA PEÑA

Coral en calidad de PERJUDICADO(A)

Abogado/a / *Abokatua*: FÉLIX ESCRIBANO PUERTAS

Procurador/a / *Prokuradorea*: JOSE FÉLIX BASTERRECHEA ALDANA

SENTENCIA N.º: 81/2019

LMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. REYES GOENAGA OLAIZOLA

D/Dª. JESUS AGUSTIN PUEYO RODERO

D/Dª. VERONICA GARCIA CANAL

En BILBAO (BIZKAIA), a dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve.

Vista en juicio oral y público ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial de Bizkaia la presente causa, dimanante del Procedimiento Sumario número 111/2016 del Juzgado de Instrucción número 1 de DIRECCION000, en la que figura como procesado Avelino, con D.N.I. NUM002, cuyas demás circunstancias personales constan en autos, representado por la Procuradora Dª. MARIA LARRASQUITU CONCEPCIÓN y defendido por el Letrado Dº. DAVID SAINZ DE ROZAS DE LA PEÑA, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal



representado por D^a. CRISTINA BRULL, y figurando como Acusación Particular D^a. Coral, representada por el Procurador D^o. JOSE FÉLIX BASTERRETXEA y figurando como Letrado D^o. FÉLIX ESCRIBANO.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente la Ilma. Sr. Magistrada Ponente D^a. REYES GOENAGA OLAIZOLA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En virtud de denuncia efectuada en fecha 10 de enero de 2016 por D^a. Coral ante la Unidad Operativa de Policía Judicial de La Rioja (Logroño) se inició el presente Procedimiento Sumario, en el que fue acusado Avelino, y cuyos autos fueron remitidos a esta sección de la Ilma. Audiencia Provincial en fecha de 15 de febrero de 2018 para su enjuiciamiento.

SEGUNDO.- Formado el oportuno Rollo de Sala, y practicadas las actuaciones oportunas, a esta Audiencia Provincial, se dictó Auto revocando la conclusión del Sumario, y ordenado la practica de la diligencia de ratificación del informe emitido por la Unidad de Valoración Forense Integral de fecha 12/12/17 por un segundo perito, o bien la realización de un nuevo informe con la intervención de dos profesionales del citado organismo, devolviéndose las actuaciones al Juzgado Instructor.

TERCERO.- Practicadas las anteriores diligencias, y recibidas nuevamente las mismas con fecha 5 de octubre de 2018, se confirmó el Auto dictado por el Juzgado Instructor declarando terminado el Sumario, confiriéndose traslado al Ministerio Fiscal, Acusación Particular y a la Defensa para calificación, y señalándose para la celebración de la vista oral el día 13 de noviembre de 2019 a las 10 horas.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en su escrito de fecha 5 de febrero de 2019, calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito de:

A) Delito continuado de agresión sexual con acceso carnal a menor de 16 años, previsto y penado en los artículos 183.1, 2, 3 y 4 d) del Código Penal, en relación con el artículo 74 del citado cuerpo legal, según redacción vigente tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, siendo responsable en concepto de autor el Procesado Avelino, y solicitando para el mismo la imposición de la pena de prisión de 14 años, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, libertad vigilada por tiempo de 5 años, accesoria de prohibición de aproximación y comunicación a distancia inferior a 500 metros a Coral, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 15 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del C.P., así como el abono de las costas procesales, debiendo abonar a la víctima en concepto de responsabilidad civil por los daños morales la cantidad de 10.000 euros, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la L.E.C.

CUARTO.- Por la Acusación Particular se calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de agresión sexual con acceso carnal a menor de 16 años, previsto y penado en los artículos 183.1, 2, 3 y 4 d) del Código Penal, en relación con el artículo 74 del citado cuerpo legal, según redacción vigente tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, siendo responsable en concepto de autor el Procesado Avelino, y solicitando para el mismo la imposición de la pena de prisión de 14 años, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, libertad vigilada por tiempo de 5 años, accesoria de prohibición de aproximación y comunicación a distancia inferior a 1.000 metros a Coral, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella, así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 15 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del C.P., así como el abono de las costas procesales, debiendo abonar a la víctima en concepto de responsabilidad civil por los daños morales la cantidad de 75.000 euros, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la L.E.C.

QUINTO.- Por la defensa del Procesado se muestra su disconformidad con el relato de hechos efectuado por las acusaciones, solicitando la libre absolución de su presentado con todos los pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

El procesado Avelino, mayor de edad, nacido el día NUM003 de 1968, con DNI NUM002 mantuvo una relación de pareja con Santiago, con la que contrajo matrimonio el 28 de septiembre de 2015, conviviendo ambos en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM004, NUM005 de DIRECCION001.

En ese domicilio, formando parte de la unidad familiar, residía también la hija menor de edad de Santiago, Coral, nacida el día NUM006 de 2002. La convivencia entre el procesado y la menor duró aproximadamente 3 años.

La menor Coral accedía ocasionalmente, después de cenar, al dormitorio que el procesado compartía con su madre para escuchar música en el ordenador, tumbándose en ocasiones sobre la cama. Esta situación se



producía sobre todo los sábados, mientras la madre de Coral acostumbraba a dormir un rato en el sofá del salón tras llegar del trabajo.

En el periodo comprendido entre los meses de marzo y octubre o noviembre de 2015, cuando Coral tenía 13 años de edad, el procesado, con ánimo libidinoso, acudió en unas 15 ocasiones al citado dormitorio mientras la niña se encontraba sola en su interior escuchando música. Una vez allí, se tumbaba a su lado en la cama y se ponía encima de ella, le daba besos en la zona de la mejilla, el cuello y la boca, intentaba quitarle la ropa y le realizaba tocamientos en la zona genital. En una ocasión, no precisada pero en torno al verano de 2015, el procesado llegó a introducir un dedo en la vagina de la menor.

El procesado realizó las conductas descritas prevaliéndose de la relación que le unía con la víctima, la diferencia de edad existente entre ambos y la plena confianza que su pareja depositaba en él cuando se encontraba a cargo de su hija.

Como consecuencia de estos hechos Coral ha recibido tratamiento psicológico en el Gabinete de Psicología y en la Oficina de asistencia a la Víctimas del delito de DIRECCION002 .

A raíz de los hechos descritos, la menor y su madre se han visto obligadas a salir del domicilio en el que residían con el acusado, dejando también la madre de Coral el negocio de hostelería que compartía con el encausado. Ambas fueron acogidas en el domicilio de los abuelos en La Rioja y la menor cambió de curso escolar y de amistades de manera abrupta, lo que afectó a su estabilidad emocional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El anterior relato de hechos es el resultado de la prueba practicada en el acto del juicio oral bajo los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción y que en este caso desvirtúa la presunción de inocencia que ampara al encausado.

La prueba que fundamenta de manera principal la conclusión de este tribunal es la declaración de la menor Coral , que declaró en el acto del juicio y relató los hechos que se han hecho constar arriba.

Respecto a la validez del testimonio de la víctima cuando se trata de un testimonio único, se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia, pudiendo citar la STS de 31 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3501/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3501) que nos recuerda que "la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador (por todas, STC 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 4). La exclusión del testigo único como prueba de cargo (testimonium unius non valet) es una regla propia de un sistema de prueba tasada que no tiene cabida en nuestro sistema en que el juez debe valorar la prueba de forma libre, conjunta y racional, lo que no impide que pueda sustentar su pronunciamiento en la declaración de un solo testigo.

Ahora bien, esa declaración habrá de ser valorada con especial atención y cautela, debiéndose hacer un singular esfuerzo para justificar las razones objetivas que conducen a dotar de credibilidad al testigo."

La jurisprudencia viene estableciendo una serie de parámetros o criterios que se deben tomar en consideración para valorar un testimonio cuando sea la única o principal prueba de cargo, que detalla la resolución que estamos citando y que "son los siguientes:

a) La comprobación de la credibilidad subjetiva que exige el análisis de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan y también obliga al análisis de posibles motivaciones espurias, lo que conlleva el examen del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima para constatar si la declaración inculpatoria se ha podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad.

b) El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

c) Por último, el tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

(i) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición



de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones" (STS de 18 de Junio de 1.998, entre otras).

(ii) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

(iii) Ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes."

Pues bien, en cuanto al primero de los requisitos, la credibilidad subjetiva, es cierto que en el acto de la vista se nos ha trasladado especialmente por el propio encausado que su relación con la menor era muy mala y que ella no admitía haber tenido que cambiar de localidad y de amigos por la nueva pareja de su madre. Pero más allá de esa incomodidad o ese disgusto por la nueva situación, comprensible para cualquier observador externo (pues ciertamente la vida de la menor cambió sustancialmente) lo que no aprecia este tribunal es que se produjera un enfrentamiento real de la menor con el encausado. No conocemos ningún episodio de enfrentamiento concreto, ni las escenas de confianza familiar que se relataron en el acto de la vista son reveladoras de una especial situación de enfrentamiento. Por ello descartamos móviles espurios que puedan haber influido en la versión de la menor. Desde el mismo planteamiento de la credibilidad subjetiva no nos constan limitaciones o déficits psíquicos o psicológicos de la menor que pongan en cuestión o condicionen su testimonio. Ni el informe emitido por el Servicio de Asistencia a la Víctima de DIRECCION002 (folio 314), ni el emitido por la Unidad Forense de Valoración Integral realizado en Bilbao (folio 323) se refieren a ninguna alteración psíquica o psicológica anterior a los hechos.

En cuanto a la credibilidad objetiva, el relato de la menor presenta una consistencia esencial en cuanto al hecho central del abuso. Nos explicamos: ella siempre ha sostenido que estaba en la habitación de su madre y su pareja con el ordenador, que en un momento dado él venía y se tumbaba con ella; que se ponía encima de ella y le realizaba tocamientos en la zona vaginal. Es un relato coherente y tiene lógica interna, no presenta fisuras o extremos poco consistentes.

Por otra parte, también en cuanto a su credibilidad objetiva, debemos tener en cuenta los diversos informes periciales que se llevaron a cabo en la causa y que fueron ratificados en el acto de la vista.

Si bien es cierto que con personas menores, pero ya de la edad de la víctima, no es posible realizar pruebas técnicas concretas que puedan verificar la credibilidad de su testimonio (que están reservadas para niños de muy corta edad), sí es posible realizar un análisis de la credibilidad tomando en cuenta otras variables, y así lo explicaron los peritos en el juicio, refiriéndose a factores como la coherencia del relato, el mantenimiento de la versión o el estado psicológico de la menor. Y con todas estas variables consideraron los peritos (como obra al folio 326) que la versión ofrecida por la menor tenía visos de credibilidad, pues señalan que el relato es coherente, consistente y estable en el tiempo, el malestar que relata la menor que padeció durante los hechos es compatible con una dinámica de abuso en contexto doméstico; y la situación emocional (de malestar) posterior "correlaciona positivamente con la sintomatología conocida científicamente en casos como el que nos ocupa".

Y en tercer lugar (siguiendo el esquema jurisprudencial expuesto), en cuanto a la persistencia en la incriminación, el relato de los abusos se ha mantenido estable a lo largo del tiempo y en todas sus declaraciones, incluido el dato de la introducción de dedos en la vagina. La menor, en su declaración inicial, más cercana a los hechos, sí dice que en una ocasión cercana al mes de agosto le introdujo los dedos en la vagina y dice que ese día ella no gritó. Y en el acto del juicio señala que eso ocurrió en un única ocasión y que fue antes de que ellos se casaran. El resto de los episodios de tocamientos ha sido reiteradamente relatado por la niña en sus declaraciones, sin variaciones esenciales.

Pero, además, el testimonio de la menor viene ratificado por las declaraciones de referencia que se pudieron escuchar en el acto de la vista, de los familiares que habían recibido de la menor el relato de lo ocurrido. Tanto su padre, como su madre o su tía, relataron en lo esencial los mismos hechos, tanto en cuanto a los tocamientos o besos como en el detalle de que en una ocasión le introdujo los dedos en la vagina.

Por último, hay un testimonio que sirve de fuerte corroboración de los hechos denunciados, a juicio de este tribunal. Se trata de la declaración de la hija del encausado. Esta persona declaró en el juicio que ella siempre le había dicho a la víctima que le creía "porque a ella le había hecho lo mismo" cuando era niña. Que le denunció pero el asunto se archivó. No consta a este tribunal que la hija del encausado tenga interés en perjudicar a su padre, ni consta una situación de enfrentamiento realmente serio en este momento, más allá de un desacuerdo menor sobre un piso (del que no tenemos ningún dato). Siendo esto así, consideramos que la credibilidad de



esta testigo es clara y lo que declaró confirma exactamente el relato de la menor con una contundencia que este tribunal considera muy relevante.

Sin embargo, cuando nos situamos fuera de este relato que llamamos "esencial" y acudimos a los detalles, a los matices de lo ocurrido, la cuestión resulta algo más confusa. Y es importante porque en estos detalles se sitúa precisamente un elemento que determina la agravación de la conducta de manera considerable. Nos referimos *al uso de la violencia*. Esta circunstancia ha sido sostenida por la menor en alguna de las declaraciones, pero consideramos que no con la firmeza y la claridad que el resto del relato.

En su primera declaración, al folio 39, se refiere a tres episodios, los tres primeros, donde el encausado habría sido violento. Dice que en esas ocasiones "la declarante estaba bien y no piensa que le echara nada en la comida y Avelino iba a la habitación. La declarante estaba sentada en una silla frente a la mesa en la que estaba el ordenador, venía Avelino la agarraba a la declarante y la tiraba en la cama, se ponía encima completamente de la declarante y la declarante intentaba quitarse pero no podía, hasta que finalmente lo lograba y se iba con su madre al sofá."

Del resto de ocasiones indica que ella se sentía mareada, se tumbaba en la cama y él entraba y se tumbaba primero al lado y luego encima, se producían los tocamientos y los besos y "la declarante le quitaba y conseguía hacerlo".

Como vemos, solo respecto a las tres primeras ocasiones hace referencia la menor a una situación de agresividad o fuerza del encausado hacia ella.

En el acto del juicio hace esta distinción, ni relata ningún episodio como los tres primeros a que se refirió en su declaración inicial. Señaló que en las ocasiones en que ocurrieron los hechos ella se sentía mareada y se tumbaba en la cama. Que "él me quitaba la ropa y empezaba a tocarme por los genitales". Sí dice que a veces se intentaba ir y que él le agarraba de las muñecas o se ponía en la puerta, y explica que "me hacía daño pero no mucho, simplemente no me podía ir".

Como se ve, la declaración de la menor no es nada precisa en relación a este punto. Nos parece que las dudas que se han expuesto sobre el modo en que se venció la voluntad de la menor no permiten a este tribunal alcanzar una convicción sobre este punto más allá de toda duda razonable. La menor ha relatado diferentes razones por las que cedía a los deseos del agresor, refiriéndose en su primera declaración a una clara violencia, pues el investigado supuestamente le lanzaba sobre la cama y se colocaba encima de ella; también ha relatado y así lo hizo especialmente en el acto de la vista que en las ocasiones en que abusaba de ella la razón era que se sentía mareada, insistiendo en la cuestión relativa a que él le daba una sustancia que le adormilaba. A este extremo se había referido también en su declaración y señalando que por ese motivo no recordaba lo ocurrido y que lo recordaba al día siguiente. En cuanto a la mención a que él "le sujetaba de las muñecas" o "se colocaba encima de ella y no podía moverse o resistirse", en el acto de la vista la menor mostró mayor firmeza sobre este punto de lo que había indicado en su declaración inicial, donde señaló varias veces que aunque él se pone encima, ella le quitaba y se iba con su madre (describiendo una situación de ausencia de fuerza alguna). Finalmente, se refirió en el acto de la vista a que no decía nada y se dejaba hacer porque él le decía que su madre iba a refírle. Y señaló que le decía que su madre iba a pasarlo muy mal si se enteraba.

Por lo tanto, nos encontramos con un buen número de explicaciones sobre esta cuestión concreta, que no dejan claro, a juicio de este tribunal, el uso de la violencia como medio para vencer la resistencia de la menor.

Por eso, respecto a este punto vamos a aplicar el principio *in dubio pro reo*, puesto que no hemos conseguido despejar la duda sobre tal elemento de agravación a pesar de la prueba practicada. Recordaremos con la STS de 13 de mayo de 2019 (ROJ: STS 1573/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1573) que "el principio *in dubio pro reo*" no es un principio absoluto, sino algo que debe impregnar la interpretación en el caso de duda razonable del juzgador; solo cuando, tras la valoración conjunta de la prueba, dos opciones son igualmente posibles, entra en funcionamiento este principio, debiéndose acoger siempre la que sea más favorable para el acusado."

SEGUNDO.- Los hechos son constitutivos de un delito continuado de abuso sexual del art. 183, 1 y 4, d) en relación con el art. 74 CP, según la redacción vigente tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, *en concurso real* con un delito de abuso sexual del art. 182, 2º del CP y aplicación de la circunstancia prevista en el art. 180, 1, 4ª del mismo texto, de la regulación anterior a la reforma.

En primer lugar, debe advertirse que esta ponente cometió un error en el acto de la vista en cuanto a la fecha de entrada en vigor del actual Código Penal, que es (como es sabido y sostenían las partes) el 1 de julio de 2015. Por lo tanto, en principio y salvo lo que se dirá a continuación, será aplicable la regulación actual en cuanto al delito continuado de abusos, pues se trata de acciones llevadas a cabo en un periodo de tiempo que alcanza hasta octubre o noviembre de 2015, momento en el que ya ha entrado en vigor el nuevo texto.



También debe aclararse que en todas las conductas descritas por la menor y reflejadas en el relato de hechos probados concurre el subtipo agravado de prevalerse el responsable de la relación de superioridad sobre la menor por la diferencia de edad que había entre ellos, por la relación de convivencia y confianza por ser el encausado la pareja de su madre desde hace varios años y por la vinculación que tenían su madre y el encausado que propiciaba que la menor no se sintiera respaldada por su progenitora. Así se ha reflejado en la calificación jurídica que acabamos de exponer.

En cuanto a la aplicación al supuesto que analizamos de lo dispuesto en el art. 74 CP, esto es, la consideración de los hechos como un delito continuado, se plantean dos cuestiones a este tribunal: en primer lugar, la posibilidad de aplicar el delito continuado a diversas acciones ocurridas en un periodo de tiempo en el que se ha producido una reforma legislativa que afecta precisamente a los tipos penales aplicables; y en segundo lugar, si la consideración de delito continuado debe construirse desde la acción más grave, que en este caso es el abuso sexual con introducción de miembros corporales.

Ambas cuestiones son tratadas en la jurisprudencia. Así, puede citarse la Sentencia 147/2018, 25-1 o la sentencia 573/2017, de 18 de julio, que nos recuerdan que el art. 74 del C. Penal establece que el autor de una pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior, "por lo que, en todo caso, el Tribunal actuaría correctamente al sancionar como delito continuado de agresión sexual la totalidad de la conducta del acusado, incluyendo en la continuidad tanto las agresiones sexuales (más graves) como los eventuales abusos -otros dos- que serían absorbidos por el conjunto del delito continuado." Es decir, en principio, el hecho de que una de las acciones sea más grave que las demás no impide la aplicación del delito continuado, entendiéndose en tal caso que la más grave absorbe a las de menor gravedad. Volveremos sobre esta cuestión más abajo.

Y en cuanto a la situación de cambio legislativo, la STS de 11 de abril de 2018 (ROJ: **STS 1320/2018** - ECLI:ES:TS:2018:1320) aborda un supuesto que puede orientarnos. Dice lo siguiente: "La jurisprudencia de esta Sala, expresada entre otras en la Sentencia de 5 de diciembre de 2007 , citada en la Sentencia recurrida, señala que cuando se trata de abusos sexuales deberá aplicarse la continuidad delictiva cuando del relato fáctico de la sentencia surge una homogeneidad de actos ilícitos y punibles que atacan el mismo bien protegido, que responden a un único plan de autor, difícilmente aislables unos de otros, que son expresión de un dolo unitario no renovado en cada acto , cuyo fin se trata de conseguir a través de esa sucesión de actos, porque entonces se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que judicialmente se realiza a través de la continuidad delictiva.

Doctrina que en el presente caso conduce a la apreciación del delito continuado con la absorción de las integradoras del tipo básico del art. 181 -introducción digital anteriores a la reforma de la L.O. 15/2003 - *por la o las cometidas después de la reforma* , calificables ya como subtipo agravado del art. 182.1 del Código Penal . *La diferente tipicidad de aquellas y de éstas no obsta la continuidad delictiva de todas, porque son de igual o semejante naturaleza* , que es lo exigido por el art. 74 del Código Penal. Además el subtipo agravado del art. 182.1 no se forma respecto al genérico del art. 181.1 por incorporación o suma de un elemento típico ausente en el tipo genérico, sino por especificación de una concreta clase de agresión sexual -acceso carnal o introducción de objetos u órganos corporales- que se considera merecedora de mayor pena, pero que sin el subtipo agravado estaría comprendida en todo caso dentro del concepto de atentado contra la libertad sexual constitutivo del tipo básico del art. 181.1 del Código Penal .

La tesis de la falta de continuidad delictiva sostenida por el recurrente no llevaría a la exclusiva condena de la única acción que considera cometida tras la reforma, con la consiguiente impunidad total de todas aquellas otras acciones cometidas antes de su entrada en vigor, *sino a un concurso real entre el delito del subtipo agravado del art. 182.1 del Código Penal reformado por la L.O. 15/2003, y un delito continuado del tipo de abuso sexual básico del art. 181.1 y 2 del Código Penal , que comprendería las penetraciones digitales anteriores a la reforma* . La consecuencia de su tesis es que tendría mayor sanción que la calificación impugnada porque habría de sumar a la del subtipo agravado la del delito continuado del tipo básico."

Tras atender a estas consideraciones del TS, creemos que las circunstancias concurrentes en este caso nos llevan a aplicar un criterio como el expuesto en la parte final del fundamento expuesto, es decir, la valoración de cuál es la opción más favorable para el reo. En la sentencia citada, el TS consideraba aplicable la continuidad delictiva entre varias acciones semejantes, algunas cometidas antes de una reforma del código y otra después.

La primera cuestión que se nos plantea aquí es que respecto a una de las acciones, la más grave precisamente, no conocemos su fecha de comisión y por lo tanto no podemos suponer, contra reo, que se cometió tras la reforma, pues las consecuencias penológicas son considerablemente más graves (cambia, entre otras cosas,



la edad de consentimiento sexual, que antes estaba situada en los trece años y nos coloca en el ámbito de aplicación del art. 182 CP).

No cabe duda de que se produjo una situación de continuidad delictiva clara respecto a los abusos sin acceso carnal, pues la menor ha relatado la producción de varios episodios de tocamientos, ya descritos, entre los meses de marzo a noviembre, lo que supone que se produjeron *actos de este tipo antes y después de la reforma de 2015*. En este sentido, no cuestionamos que, aunque se produzca en ese periodo un cambio de regulación, debe ser considerada la continuidad delictiva, en la línea de lo expuesto en la sentencia citada arriba.

Pero debemos tener en cuenta la fecha incierta del único episodio de abuso sexual con acceso carnal que relata la menor, que nos sitúa muy probablemente en un momento anterior a la reforma. No habiendo podido fijar la menor su producción en el tiempo, simplemente la sitúa antes de que su madre y el agresor se casaran (lo que ocurrió en septiembre), y por ello entendemos que no es posible afirmar que tal hecho ocurriera después de la reforma (esta interpretación pro reo la aplicaríamos sin dudarla en el supuesto de una acción única, por lo que se justifica igualmente en este caso).

Creemos que tal situación aconseja la no aplicación de la continuidad delictiva a este supuesto. Por el contrario, entendemos más favorable al reo optar por sancionar por separado esta conducta y ello porque aplicaríamos la pena anterior a la reforma según dispone el art. 182,2º (incluido su último inciso relativo al prevalimiento de la situación de superioridad), que nos sitúa en una horquilla de pena de entre 4 a 6 años. No apreciando la Sala mayores consideraciones de agravación optaremos por la pena mínima de 4 años. A ello habrá que añadir, en concurso real con la anterior, la condena por la infracción continuada de abusos sexuales, esta sí con arreglo a la regulación nueva, lo que nos sitúa en una horquilla de pena de entre 4 a 6 años (por aplicación del art. 183,4 d), y por aplicación del art. 74 en este caso impondremos la mitad superior, que nos sitúa en una pena de 5 años de prisión. Correspondería, por lo tanto, una pena conjunta de 9 años.

Por el contrario, si aplicamos la pena del delito continuado a la acción de abuso con acceso carnal, considerando que se integra junto con el resto de los abusos, y entenderíamos que la regulación aplicable es la de los últimos actos (esto es, la posterior a la reforma), nos situamos en un tramo de pena entre 8 a 12 años del art. 183.3º, por lo que la pena mínima imponible, por aplicación del art. 74, sería la de 10 años.

Entendemos, por ello, que la consideración separada de las conductas a efectos de calificación es más favorable al reo.

TERCERO.- De los hechos relatados es responsable en concepto de autor el encausado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, dando por reproducidos los elementos probatorios mencionados anteriormente.

CUARTO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

QUINTO.- De acuerdo con lo que hemos expuesto en el fundamento tercero de esta resolución consideramos que la pena que debemos imponer al encausado es la de cinco años por el delito continuado de abuso sexual sin acceso carnal y (en concurso real con este) la pena de cuatro años de prisión por la conducta de abuso sexual con acceso carnal.

Esto nos coloca en una duración de pena de 9 años de prisión. No haremos mayores consideraciones porque imponemos las penas en su duración mínima.

Se impondrá al penado la medida de libertad vigilada por el *tiempo de cinco años*, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 192 CP, que se ejecutará con posterioridad a la pena impuesta, que consistirá en la prohibición de aproximarse a la víctima a una distancia inferior a los 500 metros, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento.

Se impondrá finalmente al penado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57 CP la prohibición de aproximarse a la víctima a una distancia inferior a los 500 metros, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, durante el *tiempo de quince años*, que se cumplirá de forma simultánea con la pena de prisión.

SEXTO.- Todo declarado criminalmente responsable de un delito o falta lo será también civilmente y viene obligado al pago de las costas, conforme previenen los art. 109 y siguientes y 123 C.P. y 240.2 L.E.Cr.

En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito consideramos que la petición realizada por el Ministerio Público no contempla todos los perjuicios de la víctima y que se han de tener en cuenta otros elementos como los que señaló la Acusación particular desde su escrito de conclusiones, si bien no atenderemos en su totalidad a lo solicitado.



Conviene señalar que los daños que vamos a valorar son los que afectan a la propia Coral, no a su madre, pues esta petición excede de lo que nos afecta en este proceso.

Sin embargo, de manera indirecta, consideraremos que la situación vivida, la ruptura del vínculo familiar, el nuevo cambio de ciudad (debiendo la madre de la víctima iniciar una nueva actividad abandonando la que realizaba junto con el encausado antes del inicio del proceso), unida a la alteración de la estabilidad de la menor que provocaron los propios sucesos descritos además de las consecuencias familiares derivadas del mismo, han de ser consideradas como daños morales a compensar en esta resolución.

Recordaremos con el ATS de 24 de enero de 2019 (ROJ: ATS 1878/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1878A) que sobre esta cuantificación afirma: "Por lo demás, no discutiéndose la procedencia del reconocimiento de una responsabilidad civil por los daños causados a la víctima, por lo que respecta a los daños morales reconocidos, el Tribunal de instancia justifica su reconocimiento en atención al dolor espiritual sufrido, a la gravedad de los hechos, su rechazo social y el daño psíquico padecido por la menor como consecuencia de los abusos sufridos. Argumentos que no pueden tacharse de ilógicos ni arbitrarios, ni, desde luego, quedan desvirtuados por el hecho de que ningún informe pericial se haya elaborado al efecto, habida cuenta de que es doctrina reiterada de esta Sala la que sostiene que, a diferencia de los daños materiales, los morales no necesitan, en principio, probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos declarados probados (SSTS de 29 de junio de 1989 , 18 de junio de 1991 , 7 de julio de 1992)."

De acuerdo con lo expuesto, consideramos que el daño moral sufrido por la víctima Coral se conforma con los elementos antes descritos y fijamos como cantidad indemnizatoria para cubrir tal daño la de 20.000 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos al encausado Avelino como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual sobre un menor ya definido, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, y como autor de un delito de abuso sexual sobre mayor de trece años y menor de 16 (con arreglo a la normativa anterior a la reforma) con acceso carnal y relación de superioridad, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las dos condenas.

Imponemos al penado la medida de libertad vigilada por el *tiempo de cinco años*, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 192 CP, que se ejecutará con posterioridad a la pena impuesta, que consistirá en la prohibición de aproximarse a la víctima a una distancia inferior a los 500 metros, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento.

Le imponemos, también, la prohibición de aproximarse a Coral, a su domicilio o a su lugar de trabajo o estudios o a cualquier otro lugar frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros, así como prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, *por tiempo de quince años*. Estas prohibiciones se cumplirán necesariamente *de forma simultánea* con la de prisión que imponemos.

El encausado deberá indemnizar a la representación legal de la menor Coral en la cantidad de 20.000 euros, cantidad que devengará el interés previsto en el art. 576 LEC.

Deberá abonar las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular.

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, 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 mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.