



Roj: **SAP L 467/2019 - ECLI: ES:APL:2019:467**

Id Cendoj: **25120370012019100178**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **1**

Fecha: **20/03/2019**

Nº de Recurso: **49/2017**

Nº de Resolución: **132/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MERCE JUAN AGUSTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA.

- SECCIÓN PRIMERA -

Procedimiento abreviado 49/2017

PREVIAS 150/2015

JUZGADO INSTRUCCIÓN 3 DIRECCION000 (UPAD)

SENTENCIA NUM. 132/19

Ilmos. Sres.

Presidente:

FRANCISCO SEGURA SANCHO

Magistrados:

MERCE JUAN AGUSTIN

MARIA LUCIA JIMENEZ MARQUEZ

En Lleida, a veinte de marzo de dos mil diecinueve.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por los señores indicados al margen, ha visto en juicio oral las presentes diligencias previas número 150/2015, instruidas por el Juzgado Instrucción 3 DIRECCION000 (UPAD), por delito continuado de abuso sexual sobre menor de 13 años, en el que es acusada **Andrea** como cooperadora necesaria, nacionalizada en Rumanía, con NIE nº NUM000 , nacida en Rumanía, el día NUM001 /56, detenida el día 9/3/15 y decretada la libertad provisional por auto de fecha 10/3/15, sin que le consten antecedentes penales, de ignorada solvencia, representada por la Procuradora D^a. Carmen Gloria Clavera Corral y defendida por el Letrado D. Manel Viola Santallusia.

Es parte acusadora el Ministerio Fiscal y el Letrat de la Generalitat, y Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a MERCE JUAN AGUSTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- El Ministerio Fiscal, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales en el momento oportuno del juicio oral señalado para el día de la fecha, entendió que los hechos constituían un delito continuado de abuso sexual previsto y penado en el artículo 183.1 y 192.2 del Código Penal , del que responde la acusada en concepto de cooperadora necesaria, sin que concorra ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, por lo que procede imponer la pena de 6 años de prisión, acesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho pasivo durante el tiempo de la condena, libertad vigilada con duración de 8 años y costas.



Asimismo y en virtud de lo contenido en el artículo 89 del Código Penal, y en aras de asegurar la defensa del orden jurídico y de restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el Ministerio Fiscal interesa el cumplimiento por parte de la acusada de, al menos, una parte de la pena privativa de libertad que se imponga.

SEGUNDO.- En el mismo trámite, el Letrado de la Generalitat, se mostró conforme con la correlativa del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- En el mismo trámite, la defensa de la Sra. Andrea ejercida por el letrado Sr. Manel Viola Santallusia, se mostró disconforme con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, solicitando la libre absolución de la Sra. Andrea.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO: La acusada Andrea, mayor de edad y sin antecedentes penales, durante un periodo de tiempo indeterminado, pero en todo caso durante los primeros días del mes de marzo de 2015, tenía a su cargo el cuidado de Emma, de 6 años de edad, encargándose la acusada de despertarla, vestirla, darle de comer y llevarla y recogerla de la escuela.

La acusada Andrea puesta de previo y común acuerdo con un individuo de avanzada edad no juzgado en esta causa, al menos los días 2, 5 y 9 de marzo de 2015, tras recoger a la menor Emma a la salida del colegio, la llevó a la terraza del Bar DIRECCION001, sito en la PLAZA000 de la localidad de DIRECCION002, donde esperaba sentado en una silla el referido individuo, dejándola en compañía de éste, el cual con ánimo de satisfacer su ánimo libidinoso y vulnerar la libertad e indemnidad sexual de la menor, la abrazaba fuertemente estrechándola contra su cuerpo, bien hallándose ésta de pie, o sentada en su regazo con las piernas abiertas, la cogía por las nalgas, y le daba besos en las mejillas y en la boca, lo cual era presenciado y permitido por la acusada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales a menores de trece años del art. 183.1 del Código Penal en la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio, vigente en la fecha de comisión de los hechos, en relación con el art. 74 del mismo texto penal, del que resulta responsable la acusada Andrea en los términos que a continuación se expondrán, sin que haya sido juzgado en esta causa el otro individuo contra el que inicialmente también se formuló acusación, por la demencia sobrevenida del mismo, tal y como se acordó en resolución de esta misma Sala de fecha 25 de febrero de 2019.

La jurisprudencia perfila como elementos o características propias y definitorias del referido delito de abuso sexual: a) un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significado sexual, cuya variedad es múltiple (SSTS de 7 de marzo de 1987, 17 de marzo de 1989, 12 de julio de 1990, 16 de abril de 1991 ó 12 de marzo de 1992); b) que ese elemento objetivo o contacto corporal pueda realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de consentir libremente (SSTS de 18 de marzo de 1977, 11 de marzo de 1991, 12 de junio de 1992); y c) un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuricidad la conducta y que se expresa en el clásico ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual (SSTS de 3 de mayo de 1983, 10 de marzo de 1989, 16 de abril de 1991 ó 22 de julio de 1992).

Y este delito se consuma instantáneamente, por ser un delito de los llamados de tendencia, por la sola ejecución de contacto corporal o tocamiento impúdico, siempre que se exteriorice por actos o conductas del sujeto activo, el propósito libidinoso o finalidad de satisfacción sexual, ya bien sea en los prolegómenos o en la acción misma.

SEGUNDO: Pues bien, a la declaración de hechos probados llega la Sala tras la valoración conjunta de la prueba desplegada en juicio oral, y ello pese a que la acusada ha venido negando los hechos que se le imputaban. La misma en el acto del juicio oral, vino a sostener que efectivamente en marzo de 2015 se hallaba al cuidado de Emma, de 6 años de edad, encargándose de despertarla, vestirla, darle de comer y llevarla y traerla de la escuela; afirmó que a la salida de la escuela la llevaba muchas veces a jugar a un parque cercano y que en alguna ocasión podía llevara al casal -haciendo referencia a un bar- porque estaba pegado al parque; que en dicho casal, estaba siempre un individuo de avanzada edad, al que conocía del pueblo; que dejaba a la menor ir con él porque era algo normal; que ese individuo le daba alguna moneda, chupa chups, y le hacía caricias y le daba besos en la mejilla y en la frente, pero que esto lo hacía con todos los niños y no vio ningún



comportamiento inapropiado por parte del referido individuo. Añadió la acusada que ella no recibió nunca dinero alguno de aquél, y ello en clara contradicción con lo manifestado por la misma en su declaración policial (f. 25) y en su declaración en fase de instrucción (f. 57 o 58) en la que reconoció que en alguna ocasión el acusado sí pudo darle 4 o 5 cinco euros.

Respecto de la declaración de la acusada en el acto del plenario la misma se practicó a través del sistema de videoconferencia, ante la imposibilidad manifestada por aquélla de desplazarse desde su lugar de residencia en Rumanía hasta nuestro país. Y es que el Tribunal Supremo en resolución de fecha 27 de marzo de 2017, ha señalado con remisión a su STS 161/2015 de 17 de marzo que "los apartados 2 y 3 del art. 229 de la LOPJ recuerdan que las declaraciones, interrogatorios testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, (...) podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En desarrollo de este principio general, el art. 731 bis de la LECrim , reiterando para el juicio oral lo prevenido en el art. 325 en fase de instrucción, dispone que " el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido".

La lectura contrastada de estos preceptos evidencia que mientras el art. 229 de la LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa, el art. 731 bis de la LECrim rodea esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato". Sigue diciendo la referida resolución que "Sobre su incidencia en relación con los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, hemos reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la intermediación y la contradicción (cfr. SSTS 641/2009, de 16 de junio ; AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005 ; 1301/2006, de 4 de mayo de 2006 ; 1462/2006, de 21 de junio de 2006 ; SSTS 957/2006, de 5 de octubre de 2006 ; 1351/2007, de 5 de enero de 2007). Y en tal supuesto y en el caso que nos ocupa tales principios fueron escrupulosamente respetados, hallándose la acusada asistida por letrado y también con intérprete tanto en la sede de este Tribunal donde tuvo lugar el juicio como también ante el órgano judicial de Rumanía en que aquélla prestó declaración, habiendo podido todas las partes formular a la acusada las preguntas que estimaron pertinentes, sin que las misma formularan objeción alguna al respecto en el acto del plenario.

Sentado cuanto antecede, tal y como hemos adelantado, y pese a la negación de los hechos por parte de la acusada, no es esta la conclusión que ha alcanzado la Sala tras la valoración de la prueba realizada conforme a lo dispuesto en los artículos 741 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , apreciando, según su conciencia y conforme a las reglas del criterio racional, las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, así como las razones y argumentos expuestos por las partes intervinientes en el presente proceso.

En primer lugar, contamos con la declaración de Paula , vecina de la localidad en la que tuvieron lugar los hechos, quien habiendo presenciado de forma directa los mismos, los relató de forma totalmente congruente, sin dudas, ni vacilaciones, dando cumplida respuesta a las aclaraciones que se le realizaron. Y en perfecta coherencia con lo ya manifestado tanto en sede policial, como en fase de instrucción, declaró que en fecha 2 de marzo aproximadamente sobre la 16:30 horas, vio en la terraza de un bar cercano a la escuela, a un individuo de avanzada edad, con una niña encima de sus piernas, a la que daba besos y abrazos, apretándola contra su cuerpo, mientras que la niña intentaba apartar la cara; que a su lado había una mujer de pie vigilando, mirando hacia la calle. Relató la testigo que dicha conducta le pareció totalmente inapropiada, por lo que decidió contárselo a una amiga suya, también vecina de la localidad.

Y efectivamente esta última, Raimunda , expuso en el acto del juicio oral, que Paula le contó lo que había visto, y que ella misma pudo comprobarlo en días sucesivos; que vio como la niña se encontraba sentada encima de un hombre de avanzada edad, que la abrazaba fuertemente contra él y le daba besos, mientras que la cuidadora, a la que conocía de vista, se hallaba a escasos pasos de ellos, en actitud vigilante y sin hacer nada. Que ante ello se lo explicó a su marido, agente de los Mossos d'Esquadra acudiendo ambos al lugar el día 5 de marzo, cuando se repitió la escena; explicó además que el referido día, y mientras la menor se hallaba sentada en el regazo del individuo, entró una señora al establecimiento, ante lo cual la acusada separó rápidamente a la niña del anciano, levantándose éste.



Y en idénticos términos declaró el agente de los Mossos d'Esquadra con TIP NUM002 , marido de la testigo Sra. Raimunda , quien expuso que ante lo que estaba relatando su mujer, acudió junto con ésta al lugar el día 5 de marzo; que efectivamente comprobó como la niña, al llegar a la terraza en que se encontraba el anciano, acompañada por su cuidadora, iba directa hacia él, y se sentaba en su regazo de frente al mismo; que el individuo la cogía por las nalgas y la apretaba contra su cuerpo y le daba besos en la boca; que mientras ello sucedía la acusada se encontraba a unos 7 ó 10 metros, vigilando el entorno; que en un momento determinado, una mujer entró en el establecimiento, haciendo la acusada una señal a la menor para que bajara de la falda del anciano, como así hizo, haciéndole el individuo un gesto a la acusada con la mano como de volverse a ver; que escasos minutos después la menor volvió con aquél; que antes de que se fuera el anciano le dio unas monedas a la menor y ésta se las entregó a la acusada.

Y ante lo que había presenciado, el agente decidió poner los hechos en conocimiento de sus superiores, organizándose un dispositivo de vigilancia, acudiendo el mismo en compañía del grupo de investigación del cuerpo de los Mossos d'Esquadra, y repitiéndose la misma actuación que ya había presenciado con anterioridad.

Y en tal sentido depuso el Sargento de los Mossos d'Esquadra con TIP NUM003 al declarar en calidad de testigo en el acto del juicio oral, explicando que a raíz de las informaciones recibidas, montaron un dispositivo de vigilancia para constatar los hechos, vigilancia que tuvo lugar el día 9 de marzo de 2015; que aproximadamente a las 16:50 horas llegó, a la terraza del Bar DIRECCION001 , sito en la PLAZA000 de la localidad de DIRECCION002 , un individuo de avanzada edad, que se sentó en la terraza del establecimiento; que al cabo de unos diez minutos llegó la menor acompañada de la acusada, dirigiéndose la niña directamente hacia el anciano, mientras que la acusada permanecía en una actitud de vigilancia; que la niña se sentó encima de las piernas del individuo en cuestión y este le dio besos en la boca y la cogía por las nalgas, mostrando ésta una actitud de rechazo; que en un momento determinado la niña y su cuidadora salieron de la terraza, desconociendo el motivo, volviendo al cabo de un par de minutos, sentándose de nuevo la menor en el regazo de aquél. Detalló y aclaró el agente que, sin ningún género de dudas, la acusada era totalmente consciente de lo que estaba sucediendo, así como que en modo alguno la acción que llevaba a cabo el individuo sobre la menor podía entenderse como un exceso de afectuosidad, sino que era, en palabras del testigo, "asqueroso". Que ante ello, decidieron actuar inmediatamente procediendo a la detención del individuo y de la acusada.

Así lo afirmó también el agente con TIP NUM004 , quien, relatando los hechos de modo totalmente coincidente y coherente con su compañero y con las previas actuaciones que obran en el atestado unido a las actuaciones, sostuvo que el contacto entre el individuo y la menor era de naturaleza sexual, y que la acusada era quien controlaba y vigilaba el entorno.

Vistas y oídas tales declaraciones, la Sala no aprecia razón objetiva alguna para dudar de la veracidad de las testificales prestadas, no ya solo de los agentes de los Mossos d'Esquadra por la objetividad e imparcialidad que de los mismos se presume como agentes de la autoridad, sino tampoco de los restantes testigos, dada la persistencia y firmeza de sus testimonios que se han prolongado en el tiempo sin ambigüedades ni contradicciones, manteniendo una misma versión desde sus primeras declaraciones, circunstancia que junto a su actitud al declarar, y gozando de las ventajas que la intermediación proporciona, refuerza su credibilidad, sin que se haya acreditado ni tan siquiera alegado relación alguna de amistad o enemistad de aquéllos con las personas implicadas, que pudiera enturbiar la credibilidad de lo por ellos manifestado.

Pero es que además, consta en las actuaciones (f. 41 a 50) informe fotográfico elaborado por la Unitat d'Investigació de los Mossos d'Esquadra, a raíz del dispositivo de vigilancia llevado a cabo. Y en las fotografías que constan en dicho informe se observa claramente como la menor se acerca hasta un individuo de avanzada edad que permanece sentado en una silla, el cual la abraza fuertemente contra él, y la besa en las mejillas y en la boca, mientras que la acusada permanece en las inmediaciones.

Por otro lado, la Sala ha dispuesto como prueba de cargo, con la prueba preconstituida relativa a la exploración de la menor, y aportada al plenario como prueba documental (f. 164 y ss). En dicha exploración Emma , pese a sus evidentes limitaciones por razón de la edad, pudo explicar suficientemente, los hechos más relevantes que ahora se han recogido como hechos probados de la presente resolución. Así la menor explicó que Paula vivía con ella y con su padre; que Paula la despertaba, peinaba, le daba la comida y la llevaba y recogía de la escuela, y después Paula la llevaba al parque a jugar con los niños; que pasó algo con un señor (escribiendo en un papel su nombre); que este señor es de DIRECCION002 y siempre va con él a un bar y siempre le da besitos y dinero; que Paula la lleva hasta allí y le dice que vaya con ese señor; que ella se sienta en la falda de ese señor, que la abraza y la aprieta un poco; le da besos en la boca y en la mejilla, aunque ella le dice que no quiere; que cuando el señor se va, ella vuelve con María. Explicó la menor que no le gustaban los besos y abrazos de ese señor, pero que los abrazos de sus amigas sí le gustan; y que este señor le da dinero, 5 o



10, y se compra chuches; que a veces cuando va con su padre y se lo encuentra, también le da dinero, pero entonces no le da besitos.

Visionada la grabación de la exploración por el Tribunal, pese a las dificultades existentes por la corta la edad de la niña, entendemos que su testimonio resulta totalmente natural y creíble, no denotando una posible manipulación o invención de lo por ella contado, para que simulara unos hechos que en verdad no hubieran ocurrido. Al contrario, su testimonio no ha venido sino a corroborar lo ya acreditado con los restantes medios probatorios, según ha quedado expuesto.

En el mismo sentido el informe obrante en autos del Servicio de Asesoramiento Técnico y de Atención a la víctima (f. 172 a 177), fue ratificado en el plenario, y por tanto sometido al debate contradictorio entre las partes, concluye afirmando que el relato de la menor es fruto de una experiencia vivida, descartando la imaginación como fuente del testimonio, entendiendo el mismo como creíble. Dicho informe sostiene que la menor ha manifestado con acompañamiento gestual, una situación de abusos, consistentes en abrazos y besos en la boca, a cambio de algunas monedas con las que adquiriría chucherías.

No desconoce esta Sala que es doctrina jurisprudencial reiterada la que para otorgar plena validez a la prueba testifical practicada en la fase de instrucción como prueba preconstituida exige como uno de los requisitos necesarios la imposibilidad acreditada del testigo para comparecer en el juicio oral, conforme a lo establecido en los arts. 448 y 777 de la LECrim., lo que en el caso de menores ha sido matizado por una abundante corriente jurisprudencial (STS de fecha 10 de marzo de 2009 y las que en ella se citan), en el sentido de ampliar la idea de imposibilidad para testificar en el juicio oral también a los supuestos en que exista riesgo cierto de producir graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, para lo cual habrá de ponderarse como subraya la STS de fecha 28 de febrero de 2007 el derecho del acusado pero también el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia.

Tampoco podemos dejar de recoger en esta resolución las valoraciones que se contienen en la STS 587/2010 de 27 de mayo cuando expone que la técnica de la exploración grabada del menor con presencia de todas las partes del proceso es un medio eficaz para que en un escenario amable y próximo se exprese libremente el menor y cuente con su lenguaje sin mediatizaciones con insinuaciones de lo ocurrido y ello cuanto más próximo se haga al conocimiento de los hechos tanto suyos porque di todo hecho vivido con el transcurso del tiempo tiende a ser reelaborado de forma inconsciente por el testigo, en casos de menores de corta edad la posibilidad de fantasearlo unido en ocasiones a la conveniencia de olvidar hechos que no se quieren recordar, puede producir alteraciones suscitadas en el relato contado frente al hecho vivido. En definitiva, al hilo de tales consideraciones debe entenderse, y así lo estima la Sala, que en este caso concurría una verdadera imposibilidad de la menor para comparecer ante este Tribunal, y que fue acertada la previsión de la Juez de Instrucción anticipando tal eventualidad, salvaguardando los intereses de la menor, tomando la decisión de proceder a su exploración en fase de instrucción como prueba preconstituida, con la asistencia del Secretario Judicial, del Ministerio Fiscal y de los letrados de los investigados, y con la participación de los peritos psicólogos, quedando por ello cumplida la exigencia de los principios de contradicción y de defensa previstos en la ley.

Y frente a lo sostenido por la defensa, la Sala no alberga duda alguna acerca de la naturaleza sexual de los actos llevados a cabo sobre la menor, excediendo de lo que podría ser una simple muestra de cariño. Nos hallamos ante acto plurales y repetidos, con besos no solo en las mejillas sino en la boca, entre una menor de 6 años y un individuo de más de 80, quien además acompañaba los besos con fuertes abrazos, estrechando el cuerpo de la niña contra el suyo, asiéndola por las nalgas, siendo sin duda consciente de la naturaleza de tales actos como lo demuestra el hecho de que cesara en los mismos al poderse ver descubierto por terceros; pero es que además no se ha acreditado ni siquiera alegado una relación tal entre el referido individuo y la menor que pudiera justificar tales supuestas muestras de cariño, ni tampoco nada se ha aportado para acreditar que el mismo actuaba así con todos los menores que se acercaban al mismo, tal y como vino a sostener la acusada en el plenario, todo lo cual obliga a concluir el carácter sexual de tales actos.

Por todo lo expuesto, se estima que existe base probatoria suficiente como para, teniendo por desvirtuada la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, admitir como ciertos los hechos incorporados al relato fáctico que antecede, que constituyen un atentado contra la libertad e indemnidad sexual ejecutado sobre una menor de 6 años.

Finalmente señalar que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado, pese al carácter francamente restrictivo de la apreciación de esta figura delictiva a los delitos contra libertad sexual, según ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, (SSTS 1316/2002, de 10 de julio y 845/2004, de 30 de junio , entre otras), si bien lo admite cuando la agresión o abuso, se produce en un contexto



espacio temporal lo suficientemente amplio para no apreciar la unidad de acción, (SSTS 945/2006, de 29 de septiembre y 623/2006, de 1 de junio), pero aprovechando una misma ocasión en momentos próximos. (SSTS 1424/2004 de 1 de diciembre y 1216/2006 de 11 de diciembre).

En tal sentido la última de tales sentencias, con cita de la también sentencia del Tribunal Supremo 523/2004, de 24 de abril , señala:

"que desde la perspectiva de la homogeneidad del delito continuado por afectar o no a mismo modus operandi, hemos dicho reiteradamente que para que pueda apreciarse delito continuado es preciso que concurren los siguientes requisitos:

- a) pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales;
- b) concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a pluralidad de acciones comitivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos;
- c) realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía;
- d) unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas;
- e) unidad del sujeto activo;
- f) homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines, (SSTS 1103/2001, de 11 de junio y 1749/2002, de 21 de octubre , entre otras muchas)".

De forma que solo es posible el delito continuado en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, situación en la que no es fácil individualizar con datos concretos de lugar, fecha y características precisas de la acción, cada una de las infracciones o ataques sufridos por el sujeto pasivo, o en la que la distintas acciones ejecutadas pierden su sustantividad, para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada de un "iter criminis" progresivo y secuencial proyectado sobre un mismo sujeto pasivo.

Proyectando dicha doctrina sobre los hechos enjuiciados, resulta que los hechos declarados probados son plenamente incardinables en el supuesto de continuidad delictiva ya que la acusada, aprovechando idénticas ocasiones, realizó una pluralidad de hechos diferenciables, al menos tres en concreto, atentatorios a la indemnidad sexual de la menor, siendo, además, que beneficiando a la acusada la aplicación de la figura del delito continuado, su aplicación fue interesada por las acusaciones.

TERCERO: De los hechos declarados probados aparece como responsable, en concepto de cómplice Andrea , por su cooperación en la ejecución del hecho punible, de conformidad con los artículos 27 y 29 C.P ., sin que la imposibilidad de enjuiciamiento del autor principal de los hechos impida la atribución de complicidad a otra persona, por cuanto el art. 29 CP ya referenciado se refiere a la cooperación "en el hecho" (STS de 26 de abril de 2007).

Llegados a este punto es necesario abordar el tema de la distinción entre la figura del cooperador necesario y la del cómplice de un delito, distinción que está en la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor. La aportación de la conducta del cómplice es meramente accesoria, no esencial, aunque sí se exige que facilite eficazmente la realización del delito al autor principal. En cambio, la aportación de la conducta del cooperador necesario es de mayor importancia, pues sin la realización de esta conducta el delito no se hubiera cometido.

El TS tiene declarado (entre otras en Sentencia de 21/octubre/2014) que: "existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho)."

Según el Tribunal Supremo, el cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial. Contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del



cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Para que exista complicidad han de concurrir dos elementos:

- a) Uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnen los caracteres de mera accesoriedad o periféricos.
- b) Y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél.

Dadas las circunstancias del presente caso, entendemos que la actuación de la acusada encaja en la figura de la complicidad, toda vez que su participación ha sido secundaria o accesoria en la realización del hecho delictivo por parte de un tercero, no juzgado en esta causa.

Así, colaboró en hacer posible el hecho delictivo, en la medida que era la persona que, hallándose encargada del cuidado de la menor, la acompañaba hasta donde se encontraba el autor principal de los hechos y la dejaba en su compañía, siendo -sin duda- conocedora de los actos que aquel iba a realizar sobre la menor, permaneciendo además en el mismo lugar en el que los mismos se llevaban a cabo a fin de poder alertar de la presencia de terceros, como así de hecho ocurrió en alguna ocasión, regresando la menor de nuevo con ella una vez aquél individuo había cesado en su lasciva acción.

Por tanto, la acusada ha servido de instrumento que ha facilitado la ejecución del delito por parte de un tercero, si bien la Sala estima que su participación no puede considerarse esencial o determinante para la comisión del abuso sexual, sino más bien accesoria, teniendo en cuenta la propia entidad y naturaleza de los actos llevados a cabo por aquélla, y la escasa intervención de la misma en los hechos teniendo en cuenta la naturaleza del delito que nos ocupa, sin que pueda obviarse tampoco el lugar en que los hechos tuvieron lugar, en una terraza pública, que no descartaba la posible presencia de terceros, y finalmente sin que se haya acreditado la obtención por la acusada de beneficio alguno, lo cual determina también una consecuencia punitiva más ajustada a los hechos llevados a cabo por aquélla en relación al autor material y directo de los mismos.

CUARTO: En la ejecución del expresado delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de la acusada.

En cuanto a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas cuya aplicación ha interesado la defensa en fase de informe, debe recordarse que la misma es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional, -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTC 237/2001 , 177/2004 y 153/2005 ; y SSTs 1733/2003, de 27-12 ; 858/2004, de 1-7 ; 1293/2005, de 9-11 ; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 40/2009, de 28-1 ; y 202/2009, de 3-3). En este caso la defensa interesa la aplicación de la referida atenuante, alegación que ni se justificó en el escrito de defensa ni tampoco en el acto de la vista oral. Siendo ello así y tras el examen de las actuaciones, la Sala no estima que la tramitación de la presente causa se haya llevado a cabo en un periodo temporal superior al que resulta necesario y habitual en causas de esta naturaleza, máxime teniendo en cuenta que habiendo tenido lugar los hechos en el mes de marzo de 2015, las actuaciones fueron recibidas en este Tribunal para su enjuiciamiento en el mes de octubre de 2017, si bien, el juicio no pudo tener lugar finalmente hasta el mes de marzo de 2019, por cuantos sucesivos señalamientos fueron suspendidos ante la falta de localización de la acusada, debiendo remitirse la oportuna comisión rogatoria para su citación en Rumanía, país al que la misma había trasladado su residencia, motivando la misma un nuevo aplazamiento del señalamiento ante su alegada imposibilidad de comparecer ante este Tribunal, motivo por el cual se acordó su declaración a través del sistema de videoconferencia, todo lo cual inevitablemente ha causado una dilación en el enjuiciamiento de los hechos pero que, en ningún caso resulta imputable al órgano judicial, ni por tanto pueda ahora beneficiar precisamente a la parte causante de la misma.

QUINTO: En cuanto a la individualización de la pena, el art. 183.1 CP sanciona los abusos sexuales sobre menores de trece años con la pena de prisión de 2 a 6 años, si bien la continuidad delictiva (art. 74 CP) obliga



a la imposición a su vez de la pena en su mitad superior, lo que nos situaría en un marco punitivo de 4 a 6 años, ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (art. 66.1.6ª CP).

Por su parte el art. 63 CP establece que a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito, por lo que, en el caso que nos ocupa, la pena quedaría en un marco legal de 2 a 4 años. Ahora bien el art. 192.2 CP establece que "los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este título, serán castigados con la pena que les corresponda en su mitad superior", por lo cual, siendo en el caso que nos ocupa, que la acusada era la persona encargada del cuidado de la menor, la Sala estima procedente la imposición a la misma de una pena de 3 años y 1 día de prisión, como mínimo legal permitido para el supuesto que nos ocupa y que se estima adecuada a la naturaleza y entidad de los hechos, y a la participación en los mismos de la acusada, y a la que deberá agregarse la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por imperativo del artículo 56 C.P .

Asimismo en atención a lo dispuesto en el art.192 CP , se impone a la condenada la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años, a cumplir tras la pena privativa de libertad impuesta.

SEXTO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal , en concordancia con los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables del delito. Por tanto, procede condenar a la acusada al pago de las costas del presente procedimiento.

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

FALLAMOS

CONDENAMOS a Andrea como cómplice de un delito continuado de abuso sexual sobre menor de trece años, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 3 años y 1 día de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de este procedimiento.

Asimismo se impone a la condenada la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años.

Abónese a la condenada todo el tiempo que ha estado privada de libertad por esta causa, lo cual será aplicado al cumplimiento de la pena impuesta.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme, al haber contra ella recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a preparar ante esta Audiencia dentro de los cinco días siguientes a la última notificación, mediante escrito suscrito por abogado y procurador.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo correspondiente, lo acordamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- El/la Magistado/a Ponente del presente Rollo ha leído y publicado la resolución anterior en audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.

La Letrada de la Adm. de Justicia