



Roj: **SAP O 1887/2019 - ECLI: ES:APO:2019:1887**

Id Cendoj: **33024370082019100189**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **8**

Fecha: **17/07/2019**

Nº de Recurso: **2/2019**

Nº de Resolución: **28/2019**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **ALICIA MARTINEZ SERRANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION OCTAVA

GIJON

SENTENCIA: 00028/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE DIRECCION000

Sección nº 008

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA, 1, 2ª DIRECCION000

Tfno.: 985197268/70/71 Fax:985197269

Rollo : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 2 /2019

Órgano Procedencia: JDO. INSTRUCCION N. 2 de DIRECCION000

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002178 /2018

Acusación:

Procurador:

Letrado:

Contra Lucio

Procurador: POLIANA MARTINEZ FUERTES

Letrado: MARIA RIVERO DIAZ

SENTENCIA N°28/2019

ILMO/A SR./SRA. MAGISTRADA PRESIDENTE

Dª. ALICIA MARTINEZ SERRANO

ILMOS. MAGISTRADOS:

D. SANTIAGO VEIGA MARTINEZ

Dª Mª PAZ FERNANDEZ RIVERA GONZALEZ

En GIJON, a diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

Vistos en juicio oral, a puerta cerrada a petición de todas las partes, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias, integrada por los Ilmos Sres. Magistrados que constan al margen, los autos de la causa Procedimiento Ordinario nº 2178 del Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000 , que dieron lugar al Rollo de esta Sala nº 2/2019, sobre DELITO DE ABUSO SEXUAL, contra Lucio , nacido en Oviedo, el día NUM000 de 1988, hijo de Raimundo y María Virtudes , con Documento Nacional de Identidad número NUM001 , de estado civil soltero, de profesión no consta, con domicilio en DIRECCION000 (actualmente en prisión cumpliendo



condena por otra causa), con antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, en la que estuvo detenido un día, cuya solvencia no consta, representado por la Procuradora D^a Poliana Martínez Fuertes y defendido por la Letrada D^a María Rivero Díaz, en los que ha sido parte acusadora el MINISTERIO FISCAL, siendo Ponente la Magistrada, **Ilma. Sra. D^a ALICIA MARTINEZ SERRANO** y fundados en los siguientes.

I- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 10 de Julio de 2019 en esta Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias, tuvo lugar la vista, en juicio oral a puerta cerrada a petición de las partes, de la causa antes reseñada contra el acusado que también se indica.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual a menor de dieciséis años, del artículo 183.1 y 3 y 74 del Código Penal, estimando autor responsable del mismo a **Lucio**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando para él las penas de 12 años de prisión y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, pago de costas procesales y a que, en concepto de responsabilidad civil, indemnice a la perjudicada en 500 euros por daño moral.

TERCERO.- La defensa del acusado, en sus conclusiones definitivas, solicitó la libre absolución de su patrocinado.

II-HECHOS PROBADOS

De lo actuado resulta probado y así se declara, que:

Hacia el mes de octubre de 2018, Lucio, de 30 años de edad, que conocía a Angustia, de 15 años de edad (nacida el NUM002 -2003), a través de la red social Instagram, comenzó a quedar con ella para dar una vuelta y hablar.

A finales de noviembre de 2018, después de quedar en un bajo sito en la CALLE000 de DIRECCION000, cerca del gimnasio DIRECCION001 de Taekwondo, al que asistía Angustia, y conociendo Lucio que ésta tenía 15 años de edad, mantuvo con Angustia relaciones sexuales completas con penetración vaginal, sin uso de medio anticonceptivo alguno ni preservativo, relaciones que de igual manera mantuvieron en días posteriores, al menos en otras dos ocasiones.

El día 2 de Diciembre de 2018 Angustia no regresó a su casa, pasando la noche en el domicilio de Lucio, sito en C/ DIRECCION002, NUM003 - NUM004 de DIRECCION000, donde fue localizada por agentes de la Policía Nacional al día siguiente, sobre las 12,20 horas, tras realizar las gestiones pertinentes habiendo presentando denuncia la madre de Angustia por la desaparición de su hija al no regresar a la casa familiar. Esa noche mantuvo de nuevo relaciones sexuales con penetración con Lucio.

La menor fue asistida en servicio del Sespa que reclama 806,99 euros por los servicios dispensados en concepto de urgencias, consultas ambulatorias y fármacos.

El acusado ha sido 6 veces condenado, entre ellas en sentencia de fecha 24-4-2013 por delito de lesiones y maltrato familiar y detención ilegal con pena esta última de 2 años de prisión cumplida el 26-3-2016, en sentencia de fecha 19-10-2017 por quebrantamiento de condena, suspendida el 19-10-2017 durante dos años, y en fecha 9-4-2018 por amenaza no condicional con pena de 9 meses de prisión.

III-FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados, a los que se llega atendiendo al conjunto de la prueba válidamente practicada en el plenario y que más adelante analizaremos, son constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales, con acceso carnal por vía vaginal, a menor de dieciséis años, previsto y penado en el Código Penal, artículos 183.1 y 3 (1. "El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual... 3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal... el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años...") y 74. 1. (1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.")



En este tipo penal el consentimiento o la voluntariedad del menor es irrelevante, pues el legislador establece una presunción iuris et de iure de consentimiento viciado cuando no se han alcanzado los 16 años de edad. Es decir, la acción típica consiste en realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años, independientemente de que éste preste o no su consentimiento. La cuestión de la voluntariedad sólo alcanza relevancia en relación a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 183 quater del Código Penal ("El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez"), que exige *tanto una proximidad de la edad* de las personas que realizan los actos de carácter sexual, como *una proximidad en su grado de desarrollo o madurez*, lo que no es aquí el caso pues Lucio doblaba en edad la de Angustia .

SEGUNDO.- Del expresado delito es responsable en concepto de autor Lucio , por su realización material, directa y voluntaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código Penal , tal y como ha quedado acreditado por la prueba practicada en el juicio oral (declaraciones del acusado; testimonios de Trinidad , Angustia y Policía nacional NUM005 ; pericial médico forense y documental obrante a los folios 4 a 6, 13, 29 y 30, 58 y 59, 65 a 72, 102, 145 y 146 de la causa, así como la que está unida -sin numerar- a continuación del folio 111).

Lucio , que tanto en Comisaría (folios 50 y 51) como en el Juzgado (folio 76) se acogió a su derecho a no declarar, en el plenario manifestó que reconocía haber mantenido relaciones sexuales con Angustia , que se conocieron en octubre de 2018, que las relaciones sexuales completas sólo fueron una vez, que anteriormente hubo juegos, tocamientos (no especificó en qué consistieron), que la Policía les localizó en su casa en la mañana del día 3 de diciembre de 2018, que había hablado con una tía de Angustia , que es verdad que le dijo a Angustia que "podía esperar", que sabía que era menor pero que no sabía la edad que tenía.

Pues bien, el reconocimiento por parte del acusado de que mantuvo relaciones sexuales con penetración vaginal (al menos una vez) con Angustia sabiendo que ésta era menor de edad, aunque ignorando los años que tenía, circunscribe la cuestión a determinar si ha quedado acreditado dicho extremo, llegando este Tribunal a una conclusión afirmativa en consideración a los testimonios de Trinidad , Angustia y del contenido del documento unido a continuación del folio 111 de la causa.

Trinidad , madre de Angustia , en el plenario, ratificando sus anteriores manifestaciones (folios 110 y 111 de la causa), declaró, entre otras cosas, que a primeros del mes de noviembre de 2018 (aportó el dato de que fue a la vuelta - el día 1-11-2018- de un viaje a Portugal), durante una conversación que mantuvo personalmente con Lucio con ocasión de darle él el teléfono móvil de Angustia que ésta había dejado guardado en su mochila, que ella expresamente le había dicho que Angustia tenía 15 años (incidente -el de la devolución del teléfono- admitido por el acusado). Esta aseveración de Trinidad viene a ser corroborada por la documental obrante a continuación del folio 111 de la causa, que reproduce una conversación de Whatsapp entre Lucio y Angustia , mantenida el día 3-11-2018, en la que el primero, bajo el nombre DIRECCION003 , le dice a la menor que puede esperar hasta los 16 o hasta los 18 (le referencia en primer lugar a los 16 años es indicativa de que sabía que tenía menos de esa edad). Igualmente, resulta corroborada por el testimonio de Angustia , la cual, ratificando persistente y coherentemente sus anteriores manifestaciones (véanse los folios 4 y 5, 23 a 25, 52 a 54 de la causa), reiteró que había tenido con Lucio varias relaciones sexuales consentidas, consistentes en penetración vaginal, y que, aunque ella no le había dicho expresamente que tenía 15 años, de las conversaciones que mantuvieron deduce que él lo sabía.

El argumento de la defensa relativo a la concurrencia de error de tipo y de prohibición (artículo 14 del Código Penal) resulta inacogible. Como circunstancia excepcional, el error debe estar plenamente acreditado, tanto como el mismo hecho enjuiciado y en este caso no lo está. Como ya venimos diciendo, Lucio sabía que Angustia tenía 15 años *porque* la madre de la niña se lo había dicho a primeros de noviembre, antes de que mantuvieran la primera relación sexual que tuvo lugar a finales de noviembre, y *porque* el mismo Lucio dejó escrito que podía esperarla hasta los 16 (la alternativa introducida de que podía esperarla hasta los 16 o hasta los 18 no es indicativa de que no supiera que tenía 15 años sino expresiva de su voluntad de esperarla lo que hiciera falta, incluso hasta que alcanzara la mayoría de edad). Asimismo, tenía conciencia de la antijuridicidad de los hechos, como cabe inferir de su conducta procesal, acogiéndose al derecho a no declarar cuando los hechos requerían una explicación por parte de Lucio , resultando igualmente significativo que al personarse la policía en su domicilio, quien abrió la puerta les dijo que Lucio no se encontraba allí ("...los agentes se personaron en el domicilio y les abre la puerta el llamado Ángel Jesús ... quien al verles de uniforme les pregunta si van a por Lucio , y que si era así, no se encontraba en el domicilio", atestado folio 11 de la causa, ratificado en el plenario por el testigo Policía Nacional NUM005), en buena lógica Ángel Jesús hizo esa manifestación porque era evidente a los ojos de cualquiera la ilícita conducta de Lucio .

TERCERO.- No concurren -ni han sido alegadas- circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.



CUARTO.- De acuerdo con los artículos citados en el Fundamento de Derecho Segundo de esta sentencia, con lo dispuesto en los artículos 66.6 y 55 del Código Penal , con las penas solicitadas por la única acusación, ejercitada por el Ministerio Fiscal, y teniendo en cuenta la hoja histórico penal de Lucio (con seis condenas firmes por delitos de lesiones, violencia en el ámbito familiar, quebrantamiento de condena o medida cautelar, violencia doméstica y de género (lesiones y maltrato familiar), detención ilegal, quebrantamiento de condena o medida cautelar y amenazas, folios 65 a 72 de la causa), procede imponer al acusado la pena en la mitad superior de su extensión, que en este caso va de 10 a 12 años de prisión, y dentro de ésta en la mitad de la misma -11 años- al no concurrir ninguna circunstancia atenuante ni agravante, pero sí una demostrada peligrosidad del ahora condenado que justifica superar el mínimo legal.

QUINTO.- Toda persona responsable criminalmente de un delito debe responder civilmente de las consecuencias dañosas y perjudiciales originadas por el mismo, conforme a lo previsto en los artículos 109 , 116 y concordantes del Código Penal , lo que en este caso se traduce en la condena del acusado a que indemnice a Angustia , en la persona de su representante legal, en concepto de daños morales, en la cantidad de quinientos euros (500 euros), que ha sido solicitada por el Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Las costas procesales deben imponerse al acusado por su condena, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

VISTOS los artículos citados y los artículos 1 del Código Penal y 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Lucio , como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales a una menor de 16 años, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas de **ONCE AÑOS DE PRISIÓN** , con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a que en concepto de daños morales indemnice a Angustia , en la persona de su representante legal, en la cantidad de quinientos (500 Euros) y al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Tribunal, para ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el plazo de 10 días a contar desde la última de las notificaciones de la Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha se publicó la anterior sentencia mediante su lectura en audiencia pública por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, doy fe. En DIRECCION000 , a diecisiete de julio de dos mil diecinueve.