



Roj: **SAP VI 241/2019 - ECLI: ES:APVI:2019:241**

Id Cendoj: **01059370022019100056**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **2**

Fecha: **26/02/2019**

Nº de Recurso: **10/2018**

Nº de Resolución: **53/2019**

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

Ponente: **SARA MALLÉN BASTERRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN SEGUNDA - UPAD

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-BIGARREN SEKZIOA - ZULUP

AVENIDA GASTEIZ 18 2ª planta - CP/PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG P.V. / IZO EAE: 01.02.1-17/006406

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.43.2-2017/0006406

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 10/2018 - E

Atestado n.º / *Atestatu-zk.* : NUM000 . - NUM001 SERV. INV. SRIM. TERR.ARABA

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

Juzgado Instructor / *Instrukzioko Epaitegia*:

Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Penal / *Gasteizko Instrukzioko 3 zenbakiko Epaitegia*
- *Zigor-arloko ZULUP*

Sumario / *Sumarioa* 1063/2017

Contra / *Noren aurka* : Eulalio

Procurador/a / *Prokuradorea* : JAVIER AREA ANITUA

Abogado/a / *Abokatua* : EDURNE CASTILLO ALDASORO

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, compuesta por los Ilmos. Sres. D. Jesús Alfonso Poncela García, Presidente, Dª Ana Jesús Zulueta Alvarez y Dª Sara Mallen Basterra, Magistradas, ha dictado el día 26 de Febrero de 2019 la siguiente,

SENTENCIA N.º 53/2019

Visto ante esta Audiencia Provincial el Sumario nº 1063/17, Rollo de Sala nº 10/18 procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz, seguido por un delito de exhibición de material pornográfico a menor de edad, dos delitos de abuso sexual a menor de 16 años y un delito de tenencia de pornografía infantil contra Eulalio provisto de DNI. NUM002 , nacido en San Sebastián el día NUM003 de 1967 y vecino de Vitoria-Gasteiz, hijo de Joaquín y de Aurelia , con instrucción, con antecedente penal cancelable, cuya solvencia o insolvencia no consta, defendido por la letrada Dª. Edurne Castillo Aldasoro y representado por el procurador D. Javier Area Anitua, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal; y, Ponente, la Ilma. Sra. Magistrada Dª. Sara Mallen Basterra, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de:

A/ un DELITO de EXHIBICIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO A MENOR DE EDAD, previsto y penado en el artículo 186 del Código Penal .

B/ un DELITO DE ABUSO SEXUAL A MENOR DE 16 AÑOS previsto y penado en el artículo 183.1 del Código Penal

C/ un DELITO DE ABUSO SEXUAL A MENOR DE 16 AÑOS previsto y penado en los apartados 1 y 3 del artículo 183 del Código Penal

D/ un DELITO DE TENENCIA DE PORNOGRAFIA INFANTIL previsto y penado en el artículo 189.5 en relación con el artículo 189.1 del Código Penal .

Considerando responsable de los mismos, en concepto de AUTOR ex artículo 28 del Código Penal , al acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Procediendo imponerle:

- Por el DELITO A/ LA PENA DE NUEVE MESES DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

-Por el DELITO B/ LA PENA DE DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como, LA PENA DE TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A MENOS DE 200 METROS de Maximino , su domicilio o lugar que frecuente, así como PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN por el mismo tiempo, e, igualmente, la MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA POR TIEMPO DE UN AÑO.

- Por el DELITO C/ LA PENA DE DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como, LA PENA DE ONCE AÑOS DE PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A MENOS DE 200 METROS de Maximino , su domicilio o lugar que frecuente, así como PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN por el mismo tiempo, e, igualmente, la MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA POR TIEMPO DE CINCO AÑOS.

- Por el DELITO D/ LA PENA DE NUEVE MESES DE PRISIÓN, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debiendo asimismo, el acusado indemnizar en concepto de responsabilidad civil a Maximino en la cantidad de 3.000 euros

SEGUNDO.- La defensa del acusado mostró su disconformidad con los hechos expuestos y restantes conclusiones provisionales formuladas por el Ministerio Fiscal, solicitando la libre absolución de su patrocinado.

TERCERO .- El día 29 de octubre de 2018, el Tribunal dictó auto excusando la comparecencia al plenario del menor Maximino , y posibilitando en su lugar la activación del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

CUARTO .- Los días 21 y 22 de noviembre del año 2018, se celebró el Juicio Oral.

Al inicio de la primera de sus sesiones, el Ministerio Fiscal planteó cuestión previa con solicitud de testificación en juicio del testigo Maximino , a la que se opuso la Defensa del acusado y que sería desestimada por la Sala, con la protesta del Ministerio Público, quien asimismo adelantó modificación en sus conclusiones provisionales 2ª y 5ª; concretamente:

En la conclusión 2ª, letra A/, sustituyó la calificación de delito de exhibición de material pornográfico a menor de edad, por la de DELITO DE EXHIBICIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL del artículo 189.1 b del Código Penal .

En la conclusión 5ª, modificó la petición de pena de prisión para el delito A: en vez de 9 meses, 1 año y 6 meses de prisión.

QUINTO .- Tras la práctica de la prueba, Ministerio Fiscal y Defensa del acusado elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales (-el primero con las modificaciones adelantadas al inicio de las sesiones del juicio oral).

SEXTO .- Cumplido el trámite de informe, y tras el ejercicio por el encausado de su derecho a la última palabra, quedaron los autos vistos para Sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- El acusado Eulalio , mayor de edad, tiene un antecedente penal cancelable, derivado de su condena, en sentencia de 29-02-2012 (firme el 11-05-2012), como autor de un delito de tenencia de material pornográfico infantil.

SEGUNDO.- 2.1- El día 9 de octubre del año 2017, con ocasión de una entrada y registro consentido en el domicilio del acusado, se intervino una CPU marca Beep de su propiedad, usada por él y que contenía dos discos duros, en uno de los cuales, de 150 gigas de capacidad de almacenaje, fueron localizadas unas 908 fotografías en las que se observa a varios menores de edad no identificados, desnudos, practicando felaciones o recibíendolas, o sometidos a penetraciones anales o sodomizando ellos, o masturbándose o exhibiendo provocativamente sus genitales.

En algunas de las fotografías, son adultos los que abusan de los menores.

Asimismo, consta acreditado que Eulalio , utilizando el navegador web CHROME, aunque ya no las tuviera al tiempo de la ocupación de la CPU, se había descargado en el comentado disco duro, imágenes que muestran a niños desnudos en un contexto natural y, al menos, una imagen con clara connotación sexual, bajada el 1 de octubre de 2017, que muestra a un menor exhibiendo su pene en erección.

Utilizando el mismo navegador, a lo largo del año 2017, el acusado visitó páginas de pornografía infantil, cuyas URLs o direcciones incluían términos sugerentes o propios de esa clase de pornografía, tales como: "horny model boy", "boy porn", "twink boy lovers", "free teenage gay porn", "tween boy lovers", "gay sex teen", "sassy teen boys", "x gay baby", "gay boy porn", "gay boy porn", "sexy teen boys", "very gay boys", "boy porner", "boy porn", "gays teen boys".

Aunque el disco duro de 150 gigas tenía instalado un programa de los denominados P2P (programa ARES), no consta que el acusado lo hubiera utilizado para descargar o compartir pornografía infantil con otros usuarios.

2.2 - Con ocasión del mismo registro domiciliario, al acusado Eulalio se le incautó su teléfono móvil SONY ST261 y del que es único usuario.

En la carpeta *DIRECCION001* se encontraron dos imágenes de chicos que aparentan ser menores de edad. En la primera de ellas, el chico muestra su ano de manera ostensible y artificiosa. En la segunda, el chico exhibe su pene que sobresale de un agujero *ad hoc* en su calzoncillo.

En una carpeta de la aplicación WhatsApp (*Media/Whatsapp Images*), el acusado guardaba la fotografía de un menor contorsionándose para mostrar su ano.

2.3 - Igualmente, en un segundo terminal telefónico LG D331 propiedad del acusado Eulalio y del que es único usuario, ocupado en el momento de su detención, guardaba archivadas diversas imágenes de chicos manteniendo relaciones sexuales o exhibiendo sus órganos sexuales erectos.

En una de esas imágenes aparece un chico indubitadamente niño, desnudo y recostado en una silla, exhibiendo su pene erecto.

En otra, aparecen dos chicos desnudos, practicando o representando actividad sexual, y al menos uno de ellos aparenta ser menor de edad.

En todas las otras imágenes pornográficas los chicos que aparecen pudieran ser ya jóvenes, de unos 18 años de edad.

TERCERO.- El acusado Eulalio regenta con su hermano el bar *DIRECCION000* del número *NUM004* de la *CALLE000* de la ciudad de Vitoria-Gasteiz.

A dicho establecimiento hostelero acudió alguna vez el menor Maximino , de 13 años de edad, en cuanto nacido el *NUM005* del año 2003, y a quien Eulalio gustaba de dar alguna chocolatina o pequeñas cantidades de dinero (1, 2 o 3 euros).

Una tarde de uno de los primeros meses del año 2017, el menor Maximino (también conocido como Tiburon) entró en el bar y pidió chocolatinas al acusado, quien se las dio.

Después, cuando se fue del bar el último cliente, Eulalio se sentó junto al menor y, a modo de prolegómeno de lo que seguidamente haría, le mostró en su teléfono móvil fotografías de unos menores desnudos, sin constancia de que los posados tuvieran contenido ni connotación sexual.

A continuación, guiado por el ánimo de satisfacer sus instintos sexuales, el acusado acercó al menor hacia sí, lo abrazó y le tocó en zona genital a través de la tela del bolsillo del pantalón del chico.

El menor dijo que tenía que irse, y se fue.



CUARTO .- Otra tarde posterior, el menor Maximino fue a los servicios del bar DIRECCION000 , a los cuales se accedía a través de unas escaleras.

Aprovechando dicha circunstancia, el acusado Eulalio subió tras el chico. Se colocó a su lado en el baño. Le bajó los pantalones hasta media pierna. Metió su mano dentro del calzoncillo del chico y le agarró el pene. Después, le bajó el calzoncillo, introdujo el pene del menor en su boca y empezó a practicarle una felación. Cesó cuando se aperció de que un joven subía por las escaleras, lo que permitió al menor Maximino subirse ropa interior y pantalón, e irse.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. ¿ Cuestión previa .

Como cuestión preliminar, tratamos la de la denegación, con la protesta del Ministerio Fiscal, de la declaración en juicio del menor Maximino , sustituyéndola por la reproducción videográfica de la grabación de su exploración contradictoriamente practicada durante la instrucción judicial de la causa.

1.- Antecedentes :

En el supuesto sometido a la consideración de esta Sala, la persona que se presenta como víctima es un niño de 14 años (al tiempo del juicio oral), con un nivel de madurez y de conocimiento sexual inferior al propio de su edad cronológica (-así lo revela el visionado de la exploración practicada en instrucción), "muy infantil" (-así lo ha descrito el policía que le recibió declaración en comisaría) y que, según la acusación, habría sido expuesto a un acto de exhibición de pornografía infantil y a sendos actos de abuso sexual en dos días diferentes, cuando tenía 13 años de edad.

Anterior al enjuiciamiento, el progenitor del menor había informado de la residencia de éste en Londres, así como de que su hijo le había manifestado que su concurrencia a juicio "podría influir de forma negativa en sus estudios", por lo que este Tribunal, previa audiencia de las partes, dictó auto de 29.10.18 denegando la comparecencia del menor al plenario, ajustándose a la normativa interna protectora de los menores víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (singularmente, artículo 26.1 y artículo 23.2 letras a 2º y b 4º del Estatuto de la víctima del delito), no obviando tampoco el dato manifestado de la residencia en el extranjero (artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en adelante: LECr), y posibilitando en todo caso la activación del artículo 730 LECr .

Disconforme con la decisión del Tribunal, al inicio de las sesiones del juicio oral el Ministerio Fiscal reiteró su petición de que el menor compareciera personalmente en el plenario y fuera nuevamente interrogado. Adujo entonces que la reproducción de la grabación de su declaración sumarial no garantiza la intermediación plena del órgano de enjuiciamiento. Alegó que aquella declaración presentó déficits de contradicción, ya que el investigado no estuvo presente (artículo 448 LECr), ni la Abogada que le asistía era la que después le ha defendido. Por último, afirmó que aquella testifical en fase de instrucción se practicó sin conocerse que valdría como prueba preconstituida y que, por dicha razón, no exigió exhaustividad al testigo.

En trámite de informe, el Ministerio Público se retractó de parte de sus alegatos, admitiendo que la exploración fue contradictoriamente practicada y que, grabada y reproducida en el plenario, se había respetado también la garantía de la intermediación. Sí insistió en el argumento de su indefensión (-al no haber interrogado exhaustivamente al testigo), para seguir sosteniendo la necesidad de la prueba consistente en la declaración del menor en el juicio oral.

Por su parte, la Letrada del encausado se opuso a la cuestión previa suscitada por el Ministerio Fiscal, aquietándose, tanto con la decisión de la Sala denegatoria de la testificación en juicio del menor, como con la reproducción videográfica de su testimonio sumarial.

2.- Legitimidad de la exclusión de la presencia del menor en el juicio oral :

Advierte el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 478/2017 de 27.06 que " *la falta de sometimiento de los menores al debate contradictorio del juicio oral tiene su sostén jurídico en nuestro vigente marco legal que ampara esa posibilidad . El artículo 26 del Estatuto de la víctima del delito establece que cuando se trate de víctimas menores de edad las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como que la declaración podrá recibirse por medio de expertos .*"

Este Estatuto de la víctima del delito, trasposición de la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, fue aprobado por la Ley 4/2015 de 27.04, cuya disposición final 1ª modifica, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , entre otros, su artículo 730, permitiendo expresamente que se reproduzcan en el plenario, no solo



las diligencias sumariales que por causas independientes de la voluntad de las partes no puedan reproducirse en el juicio oral, sino también (-esta es la novedad legal) las declaraciones recibidas de conformidad con el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad.

En cualquier caso, incluso antes de la reforma del artículo 730, tanto el Tribunal Supremo (SS 96/2009 , 743/2010 , 593/2012 , 19/2013 y 598/2015) , como el Tribunal Constitucional (SS 174/2011 y 57/2013), haciéndose eco de la normativa internacional y de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (S. 16.06.2005, caso Pupino) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S. de 28.09.10, caso A.S contra Finlandia & 56), ya incluían entre los supuestos de imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral, los de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, cuando fuera previsible que la comparecencia en juicio pudiera ocasionar daños psicológicos a los menores (en este sentido, véase el FD 5º de la STS 965/2016 21.12).

Tal como recuerda el Tribunal Supremo en su S. n º 750/2016 , el Tribunal Constitucional ya advertía de que el riesgo de inestabilidad emocional del menor se acrecienta " cuando se le sitúa en el fragor del debate contradictorio de las partes durante las sesiones de la vista del juicio oral " e, insistimos, cuando el delito enjuiciado tiene una determinada naturaleza (el artículo 23.2 b LEV incluye los delitos contra la indemnidad sexual en su listado de delitos en los que las necesidades de protección de la víctima se acrecientan). Debe asimismo valorarse, además de la concreta edad del menor, su nivel de madurez (artículo 23.3 LEV), ya que no siempre van de la mano.

En el caso de autos, no se ha discutido la necesidad de dar protección a los intereses del testigo Maximino (-de llamativa inocencia e inmadurez sexual), tampoco que su protección pudiera aconsejar la evitación de su presencia en el juicio.

Las quejas (iniciales) del Ministerio Fiscal atañían a las garantías de la contradicción y de la inmediación que se superpondrían así al interés del menor.

A propósito de la inmediación, este Tribunal conoce que la misma tiene su importancia en la debida valoración de las pruebas de naturaleza personal (STS n º 392-18 26.07.18 ; FD 7) y también es consciente de que el artículo 730 LECr no permite al órgano de enjuiciamiento una inmediación plena (STS n º 735/2015 de 26.11 ; FD 1º punto 8.), pero, concurriendo razón seria, la limitación de la inmediación está justificada (vid. sentencias recién citadas), máxime cuando, en este caso, la limitación es mínima, vista la óptima calidad de la imagen y del sonido de la grabación de la exploración sumarial.

Sin duda consciente de ello, la acusación pública ha retirado su queja en trámite de informe. La reproducción videográfica en juicio de la grabación de la exploración ha garantizado una inmediación bastante (además de la debida oralidad y publicidad). La actividad comunicativa ha podido ser seguida por el Tribunal en los mismos términos en que se produjo, aunque haya sido en diferido.

Todavía desde la óptica de la inmediación, con mayor razón está justificada la levísima afectación de la misma si atendemos al dato justificado de la residencia del menor en el extranjero. Este Tribunal confirmó a través de la Policía Judicial que el niño no está escolarizado en la provincia donde vive su padre. Y este es un dato que avala la veracidad del dicho de éste (que su hijo reside con un familiar en Londres donde cursa sus estudios), puesto que la educación secundaria es obligatoria en España (si estuviera en nuestro país, estaría en pura lógica escolarizado aquí). Así las cosas, la condición de testigo en el extranjero le exime de comparecer ante este Tribunal (artículo 410 LECr a *sensu contrario*) y su declaración en el extranjero a través del auxilio judicial asimismo tendría incidencia en la inmediación de este Tribunal (la inmediación tampoco sería completa); y, añadimos, también tendría repercusión en la duración del procedimiento, dilatándolo.

El Ministerio Fiscal también criticaba que la declaración del testigo en fase de instrucción se practicó sin estar presente, ni el investigado, ni la abogada que actualmente asume su defensa. La endeblez de esta crítica, por lo demás más propia de una estrategia de defensa que de acusación, explica que el Ministerio Público la haya retirado en trámite de informe.

Y es que la exploración en fase de instrucción se practicó con efectiva salvaguarda del derecho de contradicción y de defensa del ahora acusado. La diligencia se practicó a presencia de la abogada que entonces le asistía, y aunque declinó hacerlo, pudo haber interrogado al testigo de cargo. Tiene dicho el Tribunal Supremo que la exigencia de contradicción se satisface con la convocatoria del abogado del investigado al acto de la exploración, permitiéndole participar en el interrogatorio sumarial del testigo (STS 478/2017 27.06 y STS 632-2014 14.10, en la relación de los requisitos necesarios para la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial).

Por lo demás, la ausencia del acusado no es *per se* contraria a las exigencias de un proceso justo. Lo exigible es la presencia del abogado. En este sentido, en su fundamento de derecho 6º, la Sentencia n º 965/2016 de 21.12



indica que: " *No es necesaria o preceptiva la presencia del acusado* ", dando así respuesta a uno de los motivos del recurso en el que se aducía que la exploración de la menor era nula porque no había estado presente el acusado, aunque sí su defensor. En la misma línea, la STS n.º 632-2014 14.10, comentando la Sentencia del TEDH de 2.07.2002, caso S.N. contra Suecia, establece que (el subrayado es nuestro): " *En su argumentación, el TEDH recuerda su consolidada doctrina acerca de que la utilización como prueba de las declaraciones prestadas en fase de investigación no es incompatible con las exigencias de un proceso justo, siempre que se respeten los derechos de la defensa, que exigen que el acusado o su letrado hayan tenido, durante la tramitación del procedimiento, la oportunidad de interrogar al testigo de cargo* " (fundamento de derecho 12).

Por último, el Ministerio Fiscal, en una queja mantenida, alega que la denegación de la prueba consistente en la declaración presencial del menor en el plenario merma su capacidad probatoria. Lo explica así: su declaración en fase de instrucción se practicó sin conocer que valdría como prueba preconstituida y, por este motivo, no exigió al testigo exhaustividad en su relato.

Esta crítica decae.

El derecho de defensa (-también el de las acusaciones), es un derecho formal, cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 144/1997 y 26-1999 de 8.03).

Si la exploración del menor en fase de instrucción se practicó con cumplimiento del protocolo de grabación, con presencia de una representante del Ministerio Fiscal, así como de la defensa del investigado, con salvaguarda del derecho de contradicción, pudo prever el Ministerio Fiscal su potencial sustitutivo de la deposición del menor en el acto del juicio oral si llegara a resultar justificado. Los artículos 433, 448, 777.2 y 797.2 LECr, como dice el TS (S n.º 291/2018 de 18.06; FD 5.º punto 2.), " *atienden a una previsible irrepitibilidad de una determinada declaración testimonial; de modo que se trate, de anticipar a un acto procesal propio de la fase de investigación, el cuadro de garantías que es predicable de las verdaderas pruebas del juicio oral; y de ahí la exigencia de contradicción y presencia del Abogado; (¿)* "

En consecuencia, y constatado que el Ministerio Fiscal pudo ejercer sin cortapisas su derecho a interrogar al testigo, que sus respuestas le bastaron entonces y al tiempo de formular escrito de acusación sin reclamo de ninguna exploración complementaria (artículo 627 LECr) y que no se adivina qué cuestiones pudieran ser objeto de interrogatorio en juicio que no hubiera podido plantear al menor en el momento de su exploración sumarial (en este sentido: STS 735/2015 26.11; FD 1.º punto 8 *in fine*), la denegación de la testificación en juicio no vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, ni específicamente su derecho a la prueba.

Por lo demás, la hipótesis sugerida por el acusador público (el examen del testigo en juicio habría permitido la aportación de más detalles o un mayor rendimiento narrativo) es solo una hipótesis con poco sustento, puesto que durante la exploración del menor la Instructora ya aplicó diligencia en su labor de determinación de los hechos y, en todo caso, es de sobra conocido el riesgo de empobrecimiento de los testimonios por el transcurso del tiempo.

Recapitulando. Previa ponderación de los derechos en conflicto, valorando las circunstancias especiales concurrentes en el testigo (no solo su minoría de edad y naturaleza de los delitos de los que podría ser víctima, también su especial inmadurez e igualmente su residencia en el extranjero), constatada la preservación del derecho de contradicción de las partes, también del Ministerio Fiscal, y comprobado que la grabación de la exploración sumarial reúne condiciones de óptima calidad, se resolvió podía prescindirse de la personal comparecencia del niño en el juicio oral, en aras de su protección, posibilitando a cambio la activación del artículo 730 LECr.

SEGUNDO. ¿ Sobre el delito de posesión de pornografía infantil .

Se formula acusación por un delito de tenencia de pornografía infantil del artículo 189.5 del Código Penal .

Traemos a colación la Sentencia del TS n.º 271/2012 de 26.03 (la negrita es nuestra), en cuanto que relaciona los elementos de este tipo penal, en comentario del antiguo artículo 189.2 CP, cuyo contenido pasó al actual artículo 189.5 con la reforma operada por la LO 1/2015 :

" *Como señala la STS 105/2009, de 30 de enero, el art. 189.2 del Código penal requiere los siguientes elementos:*
*a) una **posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces**, lo que se integra mediante el concepto de pornografía, al que nos hemos referido más arriba, junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual, que es el objeto de su protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño a nivel internacional;*
*b) que este material se tenga **para uso personal** de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. La exasperación penológica*



nos debe conducir a interpretar el tipo penal incluido en el art. 189.1 b) bajo la verdadera voluntad del legislador, que es reprimir toda conducta en la que se interviene en la cadena de producción o en la fase de distribución o exhibición de tal material pornográfico (máxime si se utilizan menores de trece años), pero no en el simple visionado de lo que está ya "exhibido" (difundido) en la red, sin intervención alguna del acusado en su proceso de producción o cadena de distribución, que es precisamente la actividad que se incrimina con tal penalidad. Y claro es que puede darse por acreditada tal actividad de difusión cuando las imágenes que se reproducen son de una cantidad tan ingente que puede entenderse existe una especie de "redifusión" de las mismas, desde el ordenador del sujeto activo de este delito, al poner de nuevo en la red un enorme material que se ha ido "recopilando" en variadas ocasiones por el autor; c) Será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el **dolo** del agente, que aquí bastará con la **conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil** (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso) " .

En cuanto a qué deba entenderse por pornografía infantil, la reforma operada por la meritada LO 1/2015 ha facilitado la labor del operador jurídico, al ofrecer en el apartado 1º del artículo 189 su definición legal, incluyendo entre los diferentes supuestos, tanto la representación visual de un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada (letra a), como la representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales (letra b), e igualmente la representación visual de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona sea en realidad mayor de edad (letra c), y también incluye el artículo 189.1 la conocida como pornografía infantil virtual (letra d) que es la única, adelantamos, que no se ha encontrado en los dispositivos ocupados al acusado.

En el supuesto sometido a nuestra consideración, el acusado no ha podido sino rendirse a la evidencia de la *posesión de material pornográfico infantil* (-aunque aduzca ignorancia parcial), tanto en su ordenador, como en sus teléfonos móviles. Este elemento objetivo del tipo penal aparece cumplidamente acreditado a través de la prueba pericial practicada.

Así, con relación al *teléfono móvil SONY ST61* ocupado con ocasión de la entrada y registro del domicilio del acusado (-quien se ha reconocido su dueño y usuario), el perito informático (agente NUM006) copió el contenido de su memoria interna en un CD-R (folio 187 vuelto) que después fue analizado por el Ertzaina NUM007 , quien, en juicio, se ha ratificado en su "diligencia de análisis" (folios 224 a 228), informando del hallazgo de dos imágenes de interés en la carpeta DIRECCION001 y una tercera en la carpeta *Media/WhatsApp Images* , en la que aparecen chicos que son menores de edad, según su leal saber y entender.

En observación directa de las imágenes aludidas (folios 225 a 227), constatamos que las mismas constituyen material de pornografía infantil. La imagen hallada en la carpeta de la aplicación *WhatsApp* muestra un menor contorsionándose para mostrar su ano (pornografía infantil común: letra b del artículo 189.1 Código Penal); en tanto las imágenes de la carpeta *DIRECCION001* muestran a dos chicos que aparentan ser menores de edad en exhibición obscena del ano y del pene, respectivamente, lo que constituye pornografía infantil técnica (letra c del artículo 189.1), ya que si los chicos efectivamente aparentan ser menores y no se ha determinado su eventual mayoría de edad, el material se considera pornografía infantil (en este sentido, por ejemplo: Circular FGE n º 2/2015).

Igualmente, en un segundo *terminal telefónico LG D331* propiedad del acusado y ocupado en el momento de su detención, aquél guardaba archivadas diversas imágenes de chicos manteniendo relaciones sexuales o exhibiendo sus órganos sexuales erectos. Véanse las referidas imágenes en el Anexo II (encuadernado rojo), concretamente en sus folios 76 a 92, insertos en la "diligencia de análisis" suscrita por el agente NUM008 y no impugnada por ninguna de las partes.

Desechamos que sean pornografía infantil la mayor parte de ellas, puesto que sus protagonistas aparentan mayoría de edad.

Pero sí constituyen material ilícito, tanto la imagen 1ª del folio 81, en cuanto en ella aparece un chico indubitadamente niño, desnudo y recostado en una silla, exhibiendo su pene erecto (letra b artículo 189), como el fotograma al folio 82, imagen 2ª, donde aparecen dos chicos desnudos, practicando o representando actividad sexual, y al menos uno de ellos es, o parece, menor de edad (letra c artículo 189).

Así las cosas, el Sr. Eulalio poseyó en sus terminales de telefonía móvil (-como veremos, también en su ordenador personal) archivos de imagen con contenido pornográfico infantil. Él mismo lo ha admitido, durante el interrogatorio del Ministerio Fiscal a propósito de las imágenes halladas en sus teléfonos móviles (" *sí, había imágenes de pornografía infantil; esas las guardaba para verlas yo; sé que es delito ¿?*"). Y esta manifestación basta para tener también por acreditado el necesario dolo que el tipo penal requiere, a saber, la conciencia de que se posee material pornográfico en cuya elaboración han sido utilizados menores.



Pero es que, tal como adelantábamos antes, también hubo posesión de dicho material en el ordenador personal incautado en el registro domiciliario. Respecto de la CPU marca Beep propiedad del acusado (-quien se ha reconocido único usuario), contamos con el informe pericial n.º NUM009 (folios 205 a 208), ratificado en el plenario por su autor: el técnico (agente NUM010) de la Sección de Nuevas Tecnologías de la Policía Científica de la Ertzaintza.

Pericia de la que resulta que la CPU tenía instalados dos discos duros y que, en el de mayor capacidad de almacenaje (150 GB), se encontraron unas 908 fotografías de pornografía infantil. Y esta conclusión pericial sobre la naturaleza del material es compartida por esta Sala, tras la observación directa de las fotografías incluidas a modo de ejemplo en el anexo del informe pericial (folios 210 a 212), así como de las imágenes, a los folios 198 a 200, incluidas en el estudio (diligencia de análisis) efectuado por el Ertzaina NUM011. E igualmente, ex artículo 726 LECr, se ha visionado por esta Sala el DVD (folio 187 vuelto) donde la Policía Científica copió el contenido del disco duro de 150 GB.

El examen del contenido del disco duro, junto con la oportuna aclaración pericial a la que enseguida aludimos, confirma que el acusado llegó a descargar en su ordenador determinado material, en parte del cual, concretamente, en unas 908 fotografías, es ostensible, ya la intervención de menores en actividades sexuales explícitas, sean felaciones, penetraciones anales o masturbaciones con la mano, con o sin la intervención de algún adulto, ya la exhibición obscena de sus genitales o poses explícitamente sexuales. Y este material integra el concepto legal de pornografía infantil común o clásica (letras a y b del artículo 189 del Código Penal).

Atendida información ofrecida por la perito (agente NUM010), cuando el disco duro fue analizado, las fotografías ilícitas no estaban en ninguna carpeta concreta (ni en carpeta creada *ad hoc* por el acusado, ni en la predeterminada de descargas, ni en la carpeta caché o de archivos temporales, ni tampoco estaban en la papelera de reciclaje), sino que fueron extraídas de algún lugar inespecífico del disco, mediante técnicas forenses de recuperación. Son imágenes que en su día se descargaron ("*las recuperadas no son simplemente visionadas*") y más tarde se borraron (-se ignora cuándo), pero que gracias a un programa forense específico pudieron ser recuperadas por la perito. Esta, la agente NUM010, ha explicado que *una persona puede pensar que no tiene nada en el ordenador, pero nosotros lo recuperamos; eso que se ha bajado y borrado, lo recuperamos*. Esto puede explicar la respuesta del acusado cuando se le ha preguntado por las 908 fotografías de pornografía infantil ("*No recuerdo que estuvieran en el ordenador*").

Todavía con relación a la CPU, visto el historial de descargas de internet (CHROME DOWNLOADS), igualmente se acredita que el acusado, usando el navegador CHROME, visitó determinadas páginas web y descargó, no solo fotos que aquél denomina naturistas y por ello permitidas (vid. imágenes 1ª y 2ª del folio 202, así como 1ª y 2ª del folio siguiente), sino también, al menos, una imagen pornográfica ilícita, al mostrar a un menor desnudo con el pene erecto (imagen 3ª del folio 203). Imagen ésta que fue descargada por el acusado el día 1 de octubre de 2017 (vid. fichero CHROME_DOWNLOADS.XLSX incluido en el DVD adjunto al informe pericial NUM009, al folio 187 vuelto).

En conclusión, el acusado ha poseído pornografía infantil también en su ordenador personal, aunque en este caso ha venido a negar la concurrencia del elemento subjetivo constituido por el *dolo*. En este sentido, ha pretendido justificar la posesión, exculpándose, con las siguientes aseveraciones: que, no visitando páginas de pornografía infantil, se le pudo intercalar de modo no buscado material de esa naturaleza en su búsqueda de pornografía de adultos; y que, si guardó imágenes de pornografía infantil, fue sin querer, por ignorancia de que, al clicar en la imagen, ésta se guardaba.

Esta versión exculpatoria del acusado no es atendible.

En primer lugar, niega la visita de páginas de pornografía infantil, pero el historial de su navegación por la red, documentado en el DVD del folio 187 vuelto (vide: CHROME WEB HISTORY), acredita que sí visitaba páginas de esa clase de pornografía.

Este historial de navegación relaciona las páginas o sitios web que aquél ha visitado y a las que ha accedido durante el año 2017 (desde el mes de junio), y entre dichas páginas, no pocas, las hay que claramente son de pornografía infantil. Sus URLs o direcciones las delatan, puesto que incluyen términos propios de material pedófilo. No tanto los mencionados por el Ministerio Fiscal en trámite de informe ("*meninos nus*": niños desnudos) que, en beneficio del reo, ha de admitirse podrían referirse a material puramente naturista, como estos otros inequívocos: "*horny model boy*" (modelo de niño o muchacho - caliente o cachondo), "*boy porn*" (niño o muchacho - pornografía), "*twink boy lovers*" (niño o jovencito homosexual, delgado, de aspecto añiñado, que apenas supera, o no ha superado, la mayoría de edad - amantes), "*free teenage gay porn*" (teenage: entre 13 y 19 años), "*tween boy lovers*" (tween: preadolescente), "*gay sex teen*" (teen: teenage), "*sassy teen boys*" (sassy: fresco o descarado), "*x gay baby*" (x: símbolo de pornografía), "*gay boy porn*", "*gay boy porn*", "*sexy teen boys*", "*very gay boys*", "*boy porner*", "*boy porn*", "*gays teen boys*". Entre otras, son las URLs

marcadas con los números 139 a 141, 579 y 580, 609, 985 a 987, 1001, 1089, 1090, 1097, 1904 y 1905, 1920, 3778, 3788, 3888 y 3911.

La visita recurrente a páginas de pornografía infantil neutraliza la afirmación que efectúa el acusado acerca de que el material ilícito se intercaló o coló cuando visitaba páginas de pornografía de adultos. Por lo demás, la cantidad de imágenes descubiertas de pornografía en la que aparecen menores (unas 908) es suficientemente expresiva del interés del acusado por ella. En el mismo sentido se concluye en la "diligencia de análisis" (folio 204) ratificada en juicio por el agente NUM011. Además, si no fuera pornografía infantil lo buscado, cualquier persona de tipo medio, cuando menos, ignoraría la imagen ilícita, no clicaría en ella como el acusado dice que hacía.

Tampoco hemos creído al acusado en su afirmación de descarga involuntaria de las imágenes ilícitas. Se ignora qué navegador o programa usó en su búsqueda de las 908 fotografías recuperadas. No usó el programa ARES instalado en su disco duro e inactivo desde el año 2013 (-pericia de la Ertzaina NUM010 y "diligencia de análisis" en el folio 204), pero en dicho programa que conoce es la acción de clicar la que permite la descarga del material de que se trate. Por lo demás, admitiendo el acusado que descarga pornografía de adultos ("alguna fotografía sí he descargado al clicar, de pornografía, infantil no creo"), ¿por qué iba a ser diferente el mecanismo de descarga de la de menores? Añadimos igualmente que si el acusado no quería la descarga, apercibido de ella, podía haberla pausado o cancelado, cosa que no hacía.

Finalmente, significamos que esta versión exculpatoria que el acusado ofrece a la Sra. Fiscal se derrumba a pregunta específica de su Letrada defensora. Esta le interroga: "*¿Las bajaba (las fotografías ilícitas), las veía, le daba a eliminar y pensaba que se eliminaban?*". El Sr. Eulalio contesta afirmativamente, admitiendo así, no solo su interés en la pornografía infantil, como también el hecho de su descarga consciente que antes negaba.

Al hilo de la comentada respuesta del acusado, y visto el argumento de absolución ofrecido por la Letrada en trámite de informe, trataremos una última cuestión.

En dicho momento procesal, la Letrada ha sostenido que su defendido únicamente visualizaba pornografía infantil, sin intención de posesión o con posesión fugaz, ya que, seguidamente de bajada y visualizada, ejecutaba acción de borrado (-borrado que no es del todo inverosímil, ya que, recordemos, las 908 fotografías las conocemos gracias a que fueron recuperadas por la perito y no porque estuvieran al tiempo del peritaje en alguna carpeta específica del disco duro).

Pues bien, en esta hipótesis de la Defensa, y de ser cierta la inmediatez en el borrado, aún habría delito (-absolutamente homogéneo además con el de estricta posesión), vista la nueva regulación del artículo 189.5, inspirada, al igual que la definición legal de pornografía infantil, en la Directiva 2011/93/UE. Tras la reforma operada por la LO 1/2015, la norma penal sanciona, no solo la posesión de pornografía infantil, sino también (además de su adquisición) el acceso a *sabindas* a material de esa clase, siempre que se haga por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (internet lo es).

Esto es, si antes no era punible la conducta de simple visionado (SSTS n.º 373/2011 de 13.05 y 105/2009 de 30.01), ahora lo es, siempre que lo sea de propósito, como se admite por la Defensa, se confiesa por el acusado y lo corrobora la frecuencia acreditada con que ha consultado en la red pornografía infantil (indicio cualificado de intencionalidad en el visionado, a tenor del párrafo 18 del Preámbulo de la Directiva antes mencionada).

Pero como el acusado no solo visualizaba, sino que también descargaba pornografía infantil, no únicamente en su ordenador personal, también en sus terminales de telefonía móvil donde expresamente ha reconocido que guardaba material de aquella clase, nos encontramos ante una posesión consciente de pornografía en la que intervienen menores, y ello colma las exigencias típicas del artículo 189.5 del Código Penal.

TERCERO .- Sobre el delito de exhibición de pornografía infantil .

Si en sus conclusiones provisionales el Ministerio Fiscal formulaba acusación por un delito de provocación sexual del artículo 186 del Código Penal (exhibición de material pornográfico a menor de edad), al inicio de las sesiones del juicio oral ha modificado la calificación por la de delito de exhibición de pornografía infantil contemplado en el artículo 189.1 b del mismo texto legal; efectivamente, atendida la sentencia que el propio Ministerio público cita en trámite de informe (STS n.º 826/2017 de 14.12), más acorde a la minoría de edad que atribuye a los chicos representados en las fotografías que seguidamente nos ocupan.

La principal prueba en que sustenta su acusación es la declaración testifical en fase de instrucción del menor Maximino, válidamente traída al plenario mediante la reproducción de su grabación (artículo 730 LECr).

Entonces declaró que, un día, el acusado le enseñó en su teléfono móvil dos fotografías de unos chicos desnudos de, no sabe, 12 o 13 años.



Esta Sala ha creído al testigo, en quien constata absoluta credibilidad subjetiva (según razonaremos en el siguiente fundamento de derecho), sin estimar relevante que en su declaración policial, introducida en el plenario a través del testimonio del policía que la recibió (ertzaina NUM012), hablara de una única fotografía de chico desnudo (no es tan esencial el número, como la desnudez, denominador común en ambas declaraciones) y, en todo caso, el testimonio del niño goza de la corroboración periférica que supone el dato acreditado de la descarga por parte del acusado, usando el navegador Chrome, de imágenes de niños desnudos en un contexto de naturaleza (en su CPU; véanse, por ejemplo, las dos primeras fotos al folio 202) y de la posesión de imágenes de niños en conductas sexualmente explícitas o exhibiendo sus genitales (tanto en su CPU, como en sus terminales de telefonía móvil LG y Sony).

Ahora bien, lo que relata Maximino en su única declaración judicial no hace prueba de un delito de exhibición de pornografía infantil, ya que solo menta desnudos, sin más aditamento y, como seguidamente veremos, el simple desnudo no es pornografía.

El objeto del delito del artículo 189.1 b es " *material pornográfico infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a la definición legal de pornografía infantil de las letras a, b, c y d del artículo 189.1 b* " (vid. STS 826/17 14.12).

La reforma operada por la LO 1/2015 de 30.03 amplió el concepto tradicional de pornografía (letras a y b), para dar cabida a los supuestos de pornografía virtual (letra c) y técnica (letra d), pero sigue sin incluir el puro y simple desnudo, en consonancia con la jurisprudencia anterior a la reforma.

En este sentido, pueden leerse las SSTS n.º 376/2006 de 8.03 , n.º 803/2010 de 30.09 y la n.º 264/2012 . Estas dos últimas incluyen dentro del concepto de material pedófilo " *tanto fotografías como vídeos, como cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una conducta sexual explícita, entendiendo por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos* " (el subrayado es nuestro). También deberá considerarse pornografía infantil común toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales, siempre que estos fines tengan reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo difunde o exhibe (en este sentido: punto 2.2 de la Circular FGE 2/2015). Por último, la STS n.º 1342/2003 de 20.10 insiste en que *la imagen de un desnudo no es objetivamente material pornográfico* , con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse.

En este caso, Maximino no mentó otra cosa que simples desnudos. Añadió incluso que " *pensaba que era una tontería* " (en referencia a esas fotos que acababa de mostrarle el acusado); lo que refuerza la idea de que lo exhibido no eran posados con connotación sexual o énfasis en los genitales (que sí hubiera constituido material ilícito integrable en el tipo penal: STS n.º 376/2006 o ATS n.º 521/2013).

Según veremos, el comportamiento inmediatamente posterior del acusado incluyó acercamiento físico y tocamiento impúdico del menor. Ello permite inferir que la exhibición de los desnudos tenía una finalidad sexual para el acusado. Pero esta finalidad no trasmuta en pornográfico lo que objetivamente no reviste tal naturaleza. En este sentido, recuérdese la Sentencia del TS n.º 1342/2003 antes mentada , o la n.º 2891/2011 de 13.05 , la cual insiste en que no es pornografía el mero desnudo, " *con independencia del uso que de las fotos pueda posteriormente hacerse* " (el subrayado es nuestro).

En conclusión, ha de absolverse al acusado del delito de exhibición de pornografía infantil.

CUARTO .- Sobre los delitos de abuso sexual .

Motivación fáctica . La principal *prueba de cargo* es la *declaración testifical del menor Maximino* , la cual ha sido introducida en el plenario mediante la reproducción de la grabación del testimonio que vertió ante la Instructora y a presencia del Ministerio Fiscal y de la Letrada que asumía la defensa del acusado.

Transcribimos el contenido de dicha única declaración judicial (marca V2 M3 de la grabación), recibida el 23 de enero de 2018:

"Iba al bar.

Dueño calvo. No se llamaba Eusebio . Se llamaba Eulalio . Hablaba conmigo. Cuando iba a jugar al fútbol y mis amigos se iban y yo a veces quería quedarme, él venía y me saludaba y me daba coca cola y comida sin pagar. Me daba dinero, 1 euro, 2, 3... No me decía por qué me daba.

¿Te hacía algo que no te gustara?: Me ha hecho cosas malas que no me gustan, pero no lo sabía en principio. Sí que me ha hecho. ¿Más de un día?: Sí. Me intentó hacer sexo, cosas guarras, me intentó bajar el pantalón, hasta por encima de la rodilla. ¿Y los calzoncillos?: No. Me puse nervioso y tenía miedo a él, no quería que me

haga nada, pero intentó hacerme sexo. ¿Cómo?: quiso chupármela, se llegó a meter mi pene en su boca. ¿Mucho rato?: tampoco tanto rato, intenté que no haga eso, me retiré pero siguió.

Pero la primera vez intentó hacerlo más, pero como no le entendía muchas veces.

¿Cuántas veces?: Sexo con la boca una vez sola.

¿Pero, lo había intentado más veces?: Sí.

¿Por qué volvías al bar? Había locutorio al lado y mi amigo estaba muchas veces allí, y él jugaba al fútbol y yo también, pero a veces su papá le llamaba. Por eso entraba a beber agua. Pensaba que no iba a seguir.

¿Alguna cosa más te hizo otro día? ¿Alguna vez te tocó con las manos en los genitales?: Me tocó.

El primer día cuando intentó bajar los pantalones cogió con la mano primero y luego intentó, pero vino un chico y lo soltó y yo me salí rapidito. Él estaba haciendo sexo, de repente viene, había escaleras y el chico subió y él se dio cuenta y yo me puse rápido y salí.

Estaba en el baño. Salgo del baño y él aparece, y él entra, habla con él y yo salgo.

Me baja los pantalones por encima de rodilla. ¿Te baja los calzoncillos?: Primero no, luego. Primero me coge con la mano, por debajo del calzoncillo y luego me intenta chupar. ¿Te masturbó?: ¿masturbar qué es? Me coge con la mano por dentro del calzoncillo, me estaba agarrando el pene, solo me agarraba y luego intentó chupármela. Pero sí que chupó y de repente viene un chico y me subo el pantalón y calzoncillo y me salgo. Chico entra, Eulalio sale y hablan, y yo bajo escaleras y salgo del bar.

Volví al bar. Tenía miedo. ¿Por qué volvías?: Es que no lo sabía. Bebía agua. Había un chico enanito y traía un hermano y le daba chocolatinas y él me decía coge chocolatinas, y a veces cogía.

No me ha vuelto a chupar.

¿Sexo con la boca sólo una vez?: Sí.

Después de este día no me ha vuelto a tocar.

Antes del día que me chupó, intentó agarrarme a mí, pero yo no entendía lo que pasaba. Me abrazaba, a veces me tocaba mi tripa, tienes que comer más. ¿También te tocó el pene?: No me tocó pene, pero yo no entendía lo que él quería.

Sexo con la boca, una vez.

¿Cuántas veces te ha tocado el pene?: una o dos, no recuerdo. ¿Pero, más de una vez?: creo que sí.

Cuéntame lo que pasó que necesito saberlo: El día que me tocó el pene sí fue una vez antes al día en que me la chupó. Estaba jugando solo y entré al bar. Pedí chocolatinas y me dio. Estaba sentado y había un chico, un señor viejo y cuando se fue del bar, se acercó y se sentó conmigo y saca su móvil y me enseña fotos de otros chicos desnudos de, no sé, 12 o 13 años. Yo pensaba que era una tontería, pero luego intentó acercarme más, y luego estaba abrazando así y luego intentó meter en el, allí la mano, pero en ese tiempo no lo sabía, pensaba que iba a meter en el bolsillo sin más, pero cuando pensé un poco lo sabía. Intentó meter aquí, pero había bolsillo y había metido sin querer en el bolsillo. ¿En ese momento no le diste importancia porque pensaste que quería meter la mano en el bolsillo?: Sí y no lo sabía. Intentó hacerlo y luego le dije me tengo que ir porque, como estaba un poco aburrido y no estaba ahí nadie, me fui por eso a casa. Pasó dentro, donde está la barra, donde las sillas altas, al final de la barra donde puede entrar el camarero.

Lo siguiente en el baño.

A preguntas del Ministerio Fiscal: Chicos que suelen estar ahí. Saharauis, marroquíes o argelinos, no sé. Creo que uno se llamaba Maximino . No lo había contado a nadie. Creo que me había dicho cuidado con Eulalio .

Al principio Eulalio no decía nada, pero luego cuando me enseñó vídeos, empezó eso. Luego cerró móvil e intentó meterme mano y luego yo me fui de allí. No me acuerdo lo que dijo cuando sacó fotos.

Cuando me pasó esas cosas, después yo no sabía si tenía que decir a alguien o;no sabía nada".

Ayudan siempre en la valoración de la declaración testifical de quien se presenta como víctima, sea adulto o niño, ciertas notas o parámetros a los que recurrentemente acude el Tribunal Supremo para verificar la estructura racional del proceso valorativo seguido por el órgano judicial a quo de que se trate. Tales notas, que no requisitos, son la credibilidad subjetiva, la objetiva y la persistencia en la incriminación; " notas que no son más que pautas orientativas, sin vocación excluyente de otras " (STS n º 251/18 de 24.05).



Explica el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 125/18 15.03 que: " *Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.*

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpativa pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre."

Realizada la anterior introducción, adelantamos que la declaración del menor Maximino supera el doble test de la credibilidad objetiva y subjetiva, así como también el de la persistencia en la incriminación, puesto que las diferencias apreciadas entre la declaración policial y la judicial encuentran explicación atendible (cuestión que más adelante abordaremos).

Advertimos que la defensa del acusado ha puesto en duda, sin embargo, tanto la verosimilitud del testimonio del menor, como su persistencia, e igualmente ha negado al testigo credibilidad subjetiva. Enseguida nos ocupamos de ello.

Antes, incluso, la defensa ha cuestionado la **regularidad del interrogatorio** a través del cual se obtuvo el testimonio del niño, aduciendo que fue dirigido e insinuando preguntas sugestivas, proscritas en el artículo 709 LECr . Crítica ésta que guarda relación con la credibilidad de la prueba testifical. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 925/2012 de 8.11 , declara que: "(¿); *la repulsa de preguntas capciosas (formuladas con artificio o astucia para provocar confusión o una respuesta viciada por el engañoso planteamiento), o sugestivas (sugieren y condicional abierta o sutilmente la respuesta, privando de espontaneidad al testimonio) es garantía de las partes que robustece la credibilidad de la prueba testifical (vid. igualmente la previsión del artículo 436.2º o la del art. 437) "*. La vulneración de la regla procesal que proscribía las preguntas sugestivas o capciosas puede implicar que se niegue capacidad de convicción a un testimonio, previa evaluación en cada caso de cómo ha podido afectar a la fiabilidad aquella infracción de la garantía procesal que comentamos. Así lo concluye el Tribunal Supremo en la meritada Sentencia nº 925/2012 .

Sucede que, en la práctica de la declaración sumarial del menor Maximino , no se cometió ninguna infracción procesal. Ninguna de las preguntas que le fueron dirigidas fue sugestiva. Tal como evidencia la transcripción del interrogatorio, la Instructora, que fue quien llevó su peso y cuya imparcialidad está fuera de toda duda, formuló alguna pregunta cerrada que no sugestiva, varias preguntas abiertas y una invitación al relato libre ("cuéntame lo que pasó, que necesito saberlo"). No se formuló ninguna pregunta que incluyera la respuesta, tampoco ninguna capciosa. Y si el número de preguntas, o la repetición de alguna de ellas, pudiera parecer llamativo, obedeció al legítimo e inexcusable intento de obtener mayor rendimiento narrativo del testigo, con serias dificultades para la verbalización de lo padecido, explicables por su edad, su inmadurez, el asunto sobre el que versaba el interrogatorio y por su ignorancia sobre lo sexual (-llegó incluso a preguntar qué era "masturbar").

Continuando con la aducida falta de **credibilidad objetiva** o verosimilitud del testimonio. A tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 125/2018 de 15.03 , este tipo de credibilidad: " *debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa) "* .

Advierte también el Alto Tribunal que: " *Ha de distinguirse la ausencia de contradicciones en el seno del relato de los hechos realizados por la víctima, o de elementos fácticos escasamente verosímiles, que es lo que caracteriza la coherencia interna, y dota a la versión acusatoria de credibilidad objetiva, de la ausencia de contradicciones entre las distintas versiones aportadas a lo largo del procedimiento, que constituye un elemento que ha de analizarse en el ámbito de la persistencia de la declaración "* .

En el caso de autos, la Letrada defensora ha apuntado como *elementos inverosímiles* que comprometerían la credibilidad objetiva del testimonio inculpativo por falta de *coherencia interna* , los dos siguientes: que el menor siguiera yendo al bar a pesar de los abusos que relata; y que la afirmada felación se practicara con clientes en el bar y con riesgo de ser sorprendido el acusado por su hermano.

Efectivamente, escuchada la declaración judicial de Maximino , se estima acreditado que, a pesar de los abusos relatados, volvió al bar (-se ignora si una o más veces), pero este retorno encuentra justificación en la inocencia y desorientación absoluta del niño. Durante su exploración judicial, encontramos asertos que dan cuenta de ella y de su ingenuidad (*me ha hecho cosas malas que no me gustan, pero no lo sabía en principio;*



como no le entendía muchas veces; yo no entendía lo que pasaba...yo no entendía lo que él quería; ¿por qué volvías?: es que no lo sabía ; por qué volvías al bar?: pensaba que no iba a seguir).

La Sra. Letrada señala como otro elemento fáctico inverosímil que la felación se practicara con clientela en el bar. Da por hecho que el bar estaba concurrido (solo consta, sin embargo, la presencia de un joven llamado Remigio), y obvia el concreto lugar del acto deshonesto: el baño del establecimiento hostelero, arriba de unas escaleras, en un lugar oculto a la mirada de terceros que, precisamente por ello, dota de verosimilitud, no la resta, al relato del menor.

Asimismo, la defensa ha señalado *contradicciones* en el seno del relato efectuado por el menor Maximino en sede judicial. En la narración de lo sucedido en el baño, declaró que el acusado le bajó los calzoncillos, pero antes había dicho que no. En la misma narración, primero dijo que el acusado intentó "chupársela" y luego afirmó que se la "chupó".

En realidad, no existen las contradicciones. La Sra. Letrada efectúa una lectura desgajada de manifestaciones aisladas del menor. Una lectura integradora de su declaración salva las contradicciones, y sin dificultad permite conocer que cuando el acusado coge el pene del niño con la mano no le baja el calzoncillo (introduce su mano dentro de la prenda), y sí lo baja para introducirse en la boca el pene del menor. Una lectura tampoco sesgada concluye que el acusado sí "chupó" el miembro del niño quien, de seguido, manifestó " ... y luego intentó chupármela. Pero sí que chupó. ..."

Avanzamos. Los hechos punibles relatados por el menor están dotados también de coherencia externa, en cuanto que cuentan con *corroboración bastante* .

El hecho del tocamiento de zona erógena a través de la tela del bolsillo del pantalón del menor goza de la corroboración periférica que proporciona el dato probado de la inmediatamente anterior exhibición de fotos de niños desnudos al menor Maximino , por parte del acusado (vid. fundamento de derecho 3º), con la intención así de ambientar o adaptar al chico a un contexto sexual.

En cuanto al relato de la felación, aparece corroborada por prueba testifical. El joven Remigio , quien era uno de los asiduos del bar, ha declarado que *un día de invierno, siendo sobre las 8:00 u 8:30 horas, anocheciendo, subió al baño del bar y se cruzó con Eulalio y el chico (en referencia a Maximino); que bajaban normales; que le pareció raro que Eulalio estuvieran con el chico arriba, justo en el baño; que se fijó en ellos cuando bajaban, a ver si se asustaban o no, y no; que preguntó a Eulalio que qué hacía allí y éste le contestó que "meando"; que luego abajo le dijo que le estaba dando dinero al chico; que no le convenció la explicación, que se le hacía muy raro que arriba; que dejó de ir al bar por esto; que pensó que había ocurrido algo de tipo sexual; que Eulalio puede ser homosexual y él haber seguido yendo al bar, pero tocamientos y esto...*

La defensa minusvalora esta declaración testifical, pero no hay duda de que constituye una corroboración periférica del hecho punible relatado por el menor Maximino . No se advierte en el testigo ningún motivo para mentir en perjuicio del acusado. No se advierte tampoco exageración en su testimonio, que ha sido sobrio. El testigo no lo fue, es verdad, de ningún acto lúbrico (-el acusado había cesado en él), pero sí de una escena comprometedora: un adulto y un niño sin parentesco saliendo del mismo baño (-lo que no ha negado el acusado), y rápidamente pensó, tras no convencerle la explicación del acusado, que " *había ocurrido algo de tipo sexual* ". Este pensamiento no fue una simple impresión subjetiva, fue una sospecha tan fuerte (o incluso certeza) que Remigio dejó de ir al bar. Y no debe sorprender que el acusado y el menor bajaran "normales" del baño. Aquél no podía permitirse lo contrario, y a Maximino fácilmente se le imagina tan desorientado que perfectamente pudo no ser consciente de lo perverso de lo recién vivido. Recuérdese, en este sentido, la declaración judicial del niño (significativa, entre otras, su afirmación de que: " *me ha hecho cosas malas que no me gustan, pero no lo sabía en principio* "), o tráigase a la memoria el testimonio del agente que recibió su declaración policial ("... no sé si Maximino era muy consciente de lo que ocurrió ...").

El acusado ha intentado explicar su presencia en el baño junto con el niño, pero no nos ha convencido. Ha manifestado que Maximino le había pedido 5 euros y que él accedió a dárselos, pero en el baño, para que la gente no le viera darle dinero. Es una explicación muy endeble, máxime cuando la entrega de pequeñas cantidades de dinero por parte del acusado a los chicos usuarios del bar era una práctica habitual y no secreta (testificales del menor Eusebio y de los jóvenes Pedro Enrique y Remigio), y cuando ninguno de los beneficiados por esta práctica ha ubicado las entregas en el baño (tan es así, que a Remigio le escamó la excusa del dinero que le dio el acusado para explicar su presencia en el baño junto con Maximino). Agota la ya poca verosimilitud de la versión del acusado, el dato acreditado de que ni siquiera fue la primera que ofreció. Ha contado Remigio que el acusado le dijo que estaba "meando", y que fue solo más tarde cuando le dijo que dando dinero a Maximino .



Arguye finalmente la defensa, en este apartado de la credibilidad del testimonio, que ninguno de los otros chicos que frecuentaban el bar se ha confesado víctima de actos deshonestos por parte del acusado. Pero es que la acusación tampoco afirmaba que lo hubieran sido. Son posibles las víctimas únicas o los confesantes únicos. Los testigos Pedro Enrique y Remigio ni siquiera son unidades válidas de muestreo, por su mayor edad y potencial defensivo. Y el testigo Eusebio ha negado haber sido tocado por el acusado, pero ha manifestado que hace dos años sí lo intentó, de manera que el argumentario de la defensa se muda en su contra. El intento de tocamiento referido por el testigo acrecienta la verosimilitud de la narración del niño Maximino .

Concluyendo, el relato de este menor es coherente y está dotado de corroboraciones periféricas bastantes que abonan la realidad de los dos episodios de abuso que aquél narra en su declaración judicial.

En cuanto al otro de los parámetros de contraste o de valoración del testimonio incriminatorio, el de la **persistencia en la incriminación** , ha sido tildado de deficitario por la defensa del encausado.

Primeramente, pareciera que niega dicha persistencia por el hecho de que el menor haya declarado una única vez en el seno del proceso (en fase de instrucción), sin nueva declaración en el juicio oral. Pero la existencia de una única declaración judicial, además de justificada (y consentida por la defensa), no convierte en inconstante al testimonio incriminatorio, y en absoluto es exigible una pluralidad de declaraciones para el decaimiento de la presunción de inocencia del acusado. De hecho, y específicamente con relación a víctimas menores de edad, la praxis de una única declaración encuentra cobertura en la LEV (artículo 26.1 a) y en la Ley procesal penal (artículos 433, 448, 777.2, 797.2 y 730).

De la declaración de la que no se olvida la defensa es de la policial, trascrita a los folios 65 a 69 de las actuaciones e introducida en el plenario mediante la declaración testifical del agente que la recibió (Ertzaina NUM012).

Esta declaración policial no integra el acervo probatorio, pero ciertamente puede utilizarse como material de contraste para calibrar la persistencia incriminatoria y la credibilidad del testigo (STS n ° 291/2018 18.06 y STS n ° 735/2015 26.11 ; FD5 punto 2 y FD 1 punto 1, respectivamente).

La Sra. Letrada compara dicha declaración policial y la única judicial, y recalca que en comisaría el menor no hizo referencia a la felación en el baño (el acta de su declaración sólo recoge una masturbación), ni mentó que, en el episodio anterior, el acusado le tocara (solo que le ofreció unas fotos a la vista). Denuncia, por tanto, un aumento de actos punibles que comprometería la persistencia en la incriminación.

Las diferencias remarcadas son innegables, pero no contradicciones, y entra dentro de lo natural que los relatos ofrecidos no sean iguales, máxime cuando el que declara es un niño, con el que la policía empleó la técnica del relato libre (agente NUM012 : " *no le preguntamos si le chupó* "), la cual, en edades infantiles, presenta el inconveniente de un resultado menos expresivo y más propicio a olvidos u a omisiones por parte del testigo, que seguro no encontró en una sala de comisaría y ante un desconocido el contexto más adecuado para verbalizar la totalidad de lo vivido a manos del acusado (-no olvidemos que en la declaración judicial se siguen patentizando las dificultades del menor para el relato, salvadas gracias a la perseverancia de la Instructora). Pueden también explicar las diferencias la propia confusión del menor, su desorientación e ignorancia, por su inmadurez, del alcance de lo padecido, del que solo con el paso del tiempo el menor fue siendo consciente (declaración judicial: " *Cuando me pasó esas cosas, después yo no sabía si tenía que decir a alguien o;no sabía nada* "; antes, respecto del tocamiento a través del bolsillo, había declarado: " *pero en ese tiempo no lo sabía, pensaba que iba a meter la mano en el bolsillo sin más, pero cuando pensé un poco lo sabía* "). Y tampoco ayuda en la comparación de las declaraciones policial y judicial la ausencia de grabación de la primera, de la que solo contamos con su traslación a escritura que raramente es literal y comprensiva de matices e inclusiva del lenguaje no verbal; de hecho y a título de ejemplo, en el acta de la declaración se recoge que el menor manifestó que el acusado "comenzó a masturbarle", cuando sabemos que ese verbo no pudo emplearlo el menor porque esa palabra no formaba parte de su vocabulario (en la declaración judicial, es la Instructora quien le muestra su significado).

En fin, las diferencias apreciadas encuentran explicación plausible, y esta Sala no alberga duda acerca de la veracidad de lo declarado por el menor en sede judicial, donde, remarcamos, es absolutamente perseverante en el relato de la felación (una y otra vez regresa a ella), y sin que, frente a lo dicho por la defensa, se aprecien titubeos o dudas en dicha declaración judicial (solo dificultad para el relato).

Con todo, como la persistencia en la incriminación ha podido discutirse, destacamos el contrapeso que ha supuesto la superación sin problemas del parámetro de la credibilidad objetiva y, añadimos ahora, el de la **credibilidad subjetiva** del menor Maximino .

La defensa del acusado la ha cuestionado, pero de un modo genérico. No ha concretado ningún motivo que hubiera podido llevar al testigo a mentir o a exagerar sobre lo padecido. El acusado ha insinuado que alguien



presionaría al niño, pero esta insinuación carece de todo basamento. Es cierto, lo advierte el Tribunal Supremo (Sentencia n° 200/2016 de 10.03), que los menores, por su edad e inmadurez, resultan influenciables e incluso manipulables en algunos casos. Pero en este concreto, no hay constancia alguna de que en el círculo de Maximino hubiera alguien con motivo o intención de perjudicar al acusado; desde luego, no sus progenitores, ausentes incluso en las dos únicas declaraciones ofrecidas por el menor.

Descartada la sugestión o presión externa como motor de la incriminación, e igualmente minusvalías sensoriales o síquicas, analizamos ahora posibles motivaciones espurias en el menor, e igualmente las rechazamos. No había odio ni enemistad en su relación con el acusado que le regalaba chokolatinas y dinero, ni se constata resentimiento o venganza en el relato del menor, ni se vislumbra qué rédito pudiera obtener imputando al acusado unos abusos sexuales que no fueran ciertos.

Es más, este procedimiento no tiene su origen en ninguna denuncia propiciada por el menor, sino en una comunicación a la Fiscalía por parte del Consejo del Menor de Álava, trasladando que un menor tutelado (el testigo Eusebio) había contado que había oído que Eulalio había practicado sexo con un menor de los que acudían a su local (folios 2 a 4).

Así las cosas, concluimos con esta reflexión del Tribunal Supremo, contenida en, entre otras muchas, su Sentencia n° 125/2018 de 15.03 : "*¿ cuando se formula una grave acusación, que afecta a ámbitos muy íntimos de la denunciante, y no cabe atisbar racionalmente motivo alguno que pueda justificarla, un simple razonamiento de sentido común puede llevarnos a la conclusión de que la acusación se formula simplemente porque es verdad .*" En el mismo sentido, la Sentencia n° 925/2012 de 8.11 , confirmatoria de la dictada por el órgano enjuiciador, remarcó que éste no había encontrado "*ningún móvil que pudiese llevar a la víctima a relatar esos hechos, fuera de que en efecto se adecuen a la realidad. No se constata animadversión, ni se intuyen razones para hacer una imputación falsa, o una eventual sugestionabilidad por parte de quienes sí pudieran albergar esos espurios móviles;*"

Recapitulando: La declaración de la víctima con absoluta credibilidad subjetiva y con un relato de hechos corroborado por la restante prueba practicada (pericial informática en el caso del tocamiento impúdico y testificales en el de la felación), supone el decaimiento de la presunción de inocencia que inicialmente amparaba al acusado.

QUINTO.- Sobre los delitos de abuso sexual .

Motivación jurídica .

Delito de abuso sexual a menor de 16 años.

El artículo 183.1 del Código Penal sanciona a quien realiza actos de carácter sexual con un menor de 16 años.

El delito de abuso sexual exige, como elemento objetivo, una "*acción lúbrica proyectada en el cuerpo de otra persona*" (STS n° 1518/02 de 24.09), un "*tocamiento impúdico o contacto corporal que puede ofrecer múltiples modalidades -salvo, lógicamente, las previstas en tipos penales distintos*" (STS 1097/07 de 18.12), un tocamiento realizado en zona erógena o en sus proximidades, para satisfacción del instinto sexual (STS 1619/98 de 22.12), realizado sin violencia ni intimidación y, en el caso del artículo 183, sobre un menor de 16 años. En general, la conducta sexual abusiva se aprecia cuando "*los tocamientos son de tal índole que una persona adulta consideraría razonablemente como intromisiones en el área de su intimidad sexual susceptibles de ser rechazadas si no mediase su libre consentimiento*" (STS 1619/98 de 22.12).

El mismo delito exige, como elemento subjetivo, el dolo consistente en el conocimiento o conciencia por el autor de que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima (STS n° 494/07 de 8.06).

No exige, como elemento subjetivo específico, el ánimo libidinoso. Al respecto, declaró el TS en sentencia 547/2016 de 22.06 que: "*... el móvil no forma parte del tipo penal, solo forma parte del tipo penal que la acción objetivamente analizada evidencie con claridad, y más allá de toda duda razonable, un ataque a la libertad e indemnidad sexual de la menor*". En el mismo sentido, se sigue pronunciando más recientemente el Alto Tribunal. En su Sentencia n° 674-2018 de 19.12 declara que: "*En cuanto al elemento subjetivo del tipo bastará la consciencia de la trascendencia de los actos respecto al bien jurídico de la indemnidad sexual y la voluntad de llevar a cabo aquellos. Este tipo penal pues no requiere en modo alguno, ni explícita ni implícitamente, un elemento subjetivo del tipo constituido por el móvil sexual, libidinoso o lúbrico, del autor, más allá del significado sexual que el acto ha de tener objetivamente.*"

Pero, ha declarado el mismo alto Tribunal (STS 957/2016 de 19.12), si el acto no se presenta inequívoco, "*es habitual, para acreditar su carácter sexual, atender al ánimo lascivo o libidinoso del autor. No se trata de que estemos ante un requisito subjetivo añadido al dolo, ello implicaría introducir elementos típicos ajenos*



al texto de la norma, basta el conocimiento de realizar acciones sexuales sobre otro sin su consentimiento o cuando el consentimiento es ineficaz; pero sucede que ese ánimo sirve para constatar la naturaleza sexual del comportamiento, ante la insuficiencia de las circunstancias objetivas del tocamiento perpetrado para explicar por sí solas su carácter sexual".

En el supuesto sometido a nuestra consideración, está probado que el acusado, después de enseñar al menor unas fotos de niños desnudos, se arrimó a él, le abrazó e introdujo su mano en el bolsillo del pantalón del chico, llegando a tocar su zona genital (el pene en concreto, según testimonio del menor: *" el día que me tocó el pene sí fue una vez antes al día en que me la chupó "*).

Como en el caso resuelto en la STS n° 647/98 de 7.05, y por si hubiera alguna duda sobre el carácter sexual de la acción del acusado, diremos que su ánimo libidinoso o lascivo es indubitado, y se infiere del prolegómeno de la acción: exhibición de fotografías de niños desnudos (en el supuesto conocido por el TS, fueron revistas pornográficas lo mostrado al menor), así como de ese abrazo que no venía a cuento, e igualmente de la introducción de la mano en el bolsillo del chico, donde tampoco nada se le había perdido al acusado.

Por tanto, concluimos que la acción enjuiciada es subsumible en el tipo penal del artículo 183.1 CP, y ello aunque el contacto impúdico pudiera haber sido más o menos breve. Explicaba el TS en la meritada Sentencia n° 647/98 que el delito de abuso sexual es *" un delito de tendencia, se consume instantáneamente y por la sola ejecución, aunque sea elemental o breve, del citado elemento objetivo "*.

Delito de abuso sexual con acceso carnal a menor de 16 años .

La felación impuesta al menor Maximino tiene encaje en el tipo penal de los apartados 1 y 3 del artículo 183 CP .

La acción de introducirse en la boca el pene del niño para chuparlo, objetivamente considerada y sin necesidad de mayor explicación, tiene un evidente carácter sexual, se recoge como delito de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal en el artículo 183.3 CP y supuso un atentado a la indemnidad sexual del menor, cuyo edad inferior a los 16 años era conocida por el acusado, según ha admitido en su declaración en el plenario.

Comoquiera que no siempre fue cuestión pacífica, traemos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo n° 476/2006 de 2.05 (citada en la más reciente n° 340-18 de 6.07), en cuando el supuesto sometido a su consideración era igual a este de la felación impuesta al menor.

En su fundamento de derecho quinto se declaraba (el subrayado es nuestro):

" El motivo tercero por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por cuanto, dados los hechos probados, se han infringido los arts. 181.2 y 181.2 CP . en relación con los hechos ocurridos en mayo 2002, pues es requisito típico del art 182.1 que se produzca acceso carnal del sujeto activo sobre el sujeto pasivo y lo que consta es precisamente lo contrario, que fue el sujeto activo quien le chupó el pene al menor , por lo que no hubo penetración y si la hubo fue consentida, en este caso, por el titular de la cavidad típica penetrada, es decir, por el autor de los hechos, y por lo tanto tales hechos ocurridos en mayo 2002 no serían constitutivos del tipo agravado sino, en su caso, del tipo de abuso sexual básico del art. 181 CP . La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre "acceso carnal" y "penetración bucal o anal", por lo que se entendía que si el sujeto activo "se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del art. 178 o 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo "el que penetraba". Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO. 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal", lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo.

Esta fue la postura que prevaleció en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 25 mayo 2005, que en un supuesto de penetración con menores, tomó el acuerdo de que " es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder " y que ha sido ya recogido por la sentencia de esta Sala 909/2005 de 8 de julio , en un caso similar al presente en el que el autor del hecho no era quien penetraba a su víctima, sino, al contrario, era ésta quien le penetraba a aquél ."

SEXTO .- Sobre la penalidad .

6.1 .- El artículo 189.5 CP contempla la pena de 3 meses a 1 año de prisión o de multa de 6 meses a 2 años.



En la disyuntiva entre prisión y multa, optamos por la pena privativa de libertad, para mejor cumplimiento de la finalidad de prevención especial, atendida condena anterior por delito de idéntica naturaleza (folio 144) que no frenó la reiteración delictiva; y es que, aunque dicho antecedente penal sea cancelable, es valorable en la individualización penológica como circunstancia personal del culpable (STS n.º 708/14 de 6.11). También hemos ponderado, en el descarte de la multa, la cantidad de material pornográfico infantil manejado por el acusado, en hasta tres dispositivos (dos terminales de telefonía móvil y el disco duro de su ordenador personal).

Pero, no concurriendo circunstancias agravantes (tampoco atenuantes), no encontramos razones para imponer una prisión superior al mínimo legal de 3 meses.

Además de la pena de prisión, procede la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (artículo 56.1.2º).

Igualmente, aunque el Ministerio Fiscal no la haya solicitado, es de imperativa imposición, por mor del principio de legalidad, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad. Atendido el tenor literal del artículo 192.3 párrafo 2º CP , el Tribunal tiene la obligación (" se les impondrá, en todo caso ,") de imponer la referida pena accesoria (artículo 54) cuando el delito sea de los incluidos en el Capítulo II bis o en el Capítulo V del Título VIII (cual es el caso).

En cuanto a su duración, se fija en la mínima posible, en este caso: 3 años y 3 meses, respetándose así el principio acusatorio. Tal como ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia n.º 239/2018 de 23.05 :

" En cuanto a la pretendida vulneración del principio acusatorio, la pena de inhabilitación especial procede, pese a no que no había sido solicitada por las acusaciones, en atención a su carácter imperativo. Se trata de una pena prevista para el delito cometido por el recurrente y de obligada imposición y el Tribunal indica que la impone en su duración mínima, precisamente al no haber sido solicitada. Con ello se cumple lo indicado en el precepto legal y la interpretación derivada del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 27 de noviembre de 2007 (también citado en la sentencia recurrida). " Recuérdese que el citado Acuerdo estableció que:

"¿ el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena " .

6.2 .- La pena fijada en abstracto en el artículo 183.3 CP para el abuso sexual con acceso carnal sobre menor de 16 años, es de 8 a 12 años.

Tampoco en este caso encontramos razones para rebasar el mínimo de la pena legalmente prevista, por lo que su duración se fija en 8 años, la cual se estima suficiente para abarcar todo el reproche que merece la felación practicada al niño.

Como pena accesoria, procede la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (artículo 56.1.2º).

Igualmente, ex artículo 57.1 en relación con el 48 (apartados 2 y 3), ambos del CP , en protección de la víctima, a fin de garantizar su necesario sosiego y tranquilidad, se impone al acusado la pena accesoria de prohibición de acercamiento, a menos de 200 metros de la víctima, su domicilio o cualquier lugar que frecuente, así como la pena accesoria de prohibición de comunicación con ella, por cualquier medio. La duración de ambas prohibiciones se fija en 9 años (párrafo 2º del artículo 57.1 CP).

Asimismo, ex artículo 192.3 párrafo 2º , es de aplicación la pena imperativa de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores durante 11 años (8 + 3), que es la duración mínima posible.

6.3 - El artículo 183.1 CP sanciona el delito de abuso sexual a menor de 16 años con la pena de prisión de 2 a 6 años.

Dentro de este marco punitivo, no concurriendo circunstancias atenuantes ni agravantes, se aplica la pena de 2 años de prisión, valorando especialmente la, en este caso, corta duración del tocamiento impúdico.

La pena principal impuesta lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (artículo 56.1.2º).

Aunque el Ministerio Público lo ha solicitado, no consideramos necesaria la pena añadida de prohibición de comunicación y acercamiento. Su aplicación no es imperativa (artículo 57.1 CP) y la salvaguarda del menor

está garantizada con la accesoria de idéntica naturaleza y duración de 9 años anudada al delito más grave del artículo 183.3 CP .

Si aplicáramos, por ser de obligada imposición (*artículo 192.3 párrafo 2º*), la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante 5 años (2 + 3), que es la duración mínima.

6.4 .- Solicita el Ministerio Fiscal la aplicación de dos medidas de libertad vigilada, una por cada delito de abuso sexual cometido. Sin embargo, la dicción del *artículo 192.1 CP* permite entender que, independientemente del número de delitos del Título VIII cometidos, la medida de libertad vigilada será única, sin perjuicio de que el número de ilícitos pueda y deba tener incidencia en la duración de la medida.

En el caso de autos, los dos delitos de abuso sexual son graves, atendida su pena prevista en abstracto (artículos 13.1, 13.4 y 33.2 b), de manera que la horquilla de duración va de 5 a 10 años. Si dos han sido los delitos de abuso sexual (y uno de tenencia de pornografía infantil, incluido en el mismo Título VIII), no es desproporcionada la duración de 6 años (-que no rebasa la suma de las respectivas duraciones interesadas por el Ministerio Público).

Esta medida de libertad vigilada se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, y su contenido se determinará entonces.

SÉPTIMO . ¿ En cuanto a la responsabilidad civil .

En la legitimación que le reconoce el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , el Ministerio Fiscal ejercita juntamente con la penal, la acción civil en exigencia de indemnización a favor de la víctima.

En concreto, solicita la suma de 3.000 euros en concepto de daño moral que, como es de sobra conocido, no es preciso se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (STSS n º 674-2018 de 19.12, n º 1198/2006 de 11.12 y n º 131/07 de 16.02), siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad lastimada o vejada (STS 1490/2005, de 12 de diciembre , citada en la n º 674-2018 19.12), y también la perturbación en el normal desarrollo de la personalidad, etc. (STS 1490/05 12.12).

En el supuesto sometido a la consideración de esta Sala, el daño moral fluye de los hechos probados (ordinales 3 º y 4º) y del ataque a un bien jurídico tan importante como es la indemnidad sexual de un menor que, además, en este caso se reveló especialmente inocente. La imposición a éste de los contactos sexuales necesariamente hubo de ocasionarle un negativo impacto psíquico y una perturbación no baladí en el normal desarrollo de su personalidad.

Los actos sexuales padecidos generaron, por tanto, un daño moral indemnizable (artículo 113 Código Penal), siendo además que el artículo 193 del mismo texto legal presupone los perjuicios morales en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (SSTS n º 248/18 de 24.05.18 y n º 551/14 de 10.06).

Y la cuantificación del daño moral que efectúa el Ministerio Fiscal se ajusta a estándares habituales de los Tribunales, también de esta Audiencia Provincial, no siendo en absoluto desproporcionada, ni al tipo de hechos padecidos, ni a las circunstancias personales de la víctima, ni al impacto anímico que han tenido que tener en él.

OCTAVO .- Costas .

De conformidad con el artículo 123 del Código Penal , procede condenar a Eulalio al pago de las tres cuartas partes de las costas del proceso.

FALLAMOS

1 .- Condenar a D. Eulalio , como autor de un delito de tenencia de pornografía infantil ya definido, a la pena de 3 meses de prisión, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e igualmente a la de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante 3 años y 3 meses.

2 .- Condenamos a D. Eulalio , como autor de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años ya definido, a la pena de 2 años de prisión, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e igualmente a la de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante 5 años.

3 .- Condenamos a D. Eulalio como autor de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años con acceso carnal ya definido, a la pena de 8 años de prisión, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e igualmente a la de inhabilitación especial para cualquier



profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante 11 años, así como a las penas accesorias de 9 años de prohibición de comunicación, por cualquier medio, con el menor Maximino , así como de aproximación a menos de 200 metros del mismo menor, su domicilio o lugar que frecuente, durante el mismo tiempo.

4 .- Imponemos al condenado la medida de libertad vigilada por tiempo de 6 años, que se ejecutará con posterioridad a las penas privativas de libertad.

5 .- Condenamos a D. Eulalio a que indemnice al menor Maximino en la cantidad de 3.000 euros en concepto de daño moral.

6 .- Absolvemos a D. Eulalio del delito de exhibición de pornografía infantil del que era acusado.

7 .- Condenamos a D. Eulalio al pago de las tres cuartas partes de las costas del proceso. Declaramos de oficio la cuarta parte restante.

Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 846 ter LECr), en el plazo de diez días hábiles contados desde el día siguiente al de su notificación, y mediante escrito autorizado por abogado y procurador presentado en este Tribunal.

Notifíquese igualmente la sentencia al ofendido, si fuera su deseo recibir notificaciones.

Así, por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.