



Roj: **SAP VI 562/2019 - ECLI: ES:APVI:2019:562**

Id Cendoj: **01059370022019100130**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **2**

Fecha: **21/05/2019**

Nº de Recurso: **71/2017**

Nº de Resolución: **129/2019**

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

Ponente: **JESUS ALFONSO PONCELA GARCIA**

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 : 945-004820

NIG P.V. / IZO EAE: 01.02.1-16/007856

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.43.2-2016/0007856

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 71/2017 - E

Atestado n.º / Atestatu-zk. : NUM000

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

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Penal / Gasteizko Instrukzioko 2 zenbakiko Epaitegia - Zigor-arloko ZULUP Sumario / Sumarioa 1362/2016

Contra / *Noren aurka* : Juan Enrique Abel

Procurador/a / *Prokuradorea* : IGNACIO SANCHIZ CAPDEVILAyIGNACIO SANCHIZ CAPDEVILA

Abogado/a / *Abokatua* : FEDERICO SARACIBAR SERRADILLAyFEDERICO SARACIBAR SERRADILLA

CONSEJO DEL MENOR DE ALAVA en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / *Abokatua*: RAIMUNDO ARRIBAS GOMEZ

Procurador/a / *Prokuradorea*: MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO

La Audiencia Provincial de Álava, compuesta por los Iltmos. Sres. D. Jaime Tapia Parreño, Presidente, D. Jesús Alfonso Poncela García y D. Raúl Aztiria Sánchez, Magistrados, ha dictado el día 21 de mayo de 2019 la siguiente,

SENTENCIA N.º 129/2019

Visto ante esta Audiencia Provincial el presente procedimiento Sumario nº 1362/16, Rollo de Sala nº 71/2017, procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria-Gasteiz, seguido por un delito de abuso sexual, contra D. Abel deDNI NUM001 , nacido en Vitoria (Alava) el día NUM002 /1970, hijo de Dionisio y de Otilia , vecino de Vitoria-Gasteiz (Álava), sin antecedentes penales, declarado insolvente por el Juzgado Instructor por resolución de fecha 17 de septiembre de 2018 y contra D. Juan Enrique , provisto deDNI NUM003 , nacido en Vitoria (Alava) el día NUM004 /1973, hijo de Dionisio y de Otilia , vecino de Vitoria-Gasteiz (Álava), sin antecedentes penales, declarado insolvente por el Juzgado Instructor por resolución de fecha 17 de septiembre de 2018, ambos defendidos por el letrado Sr. Federico Saracibar y representados por el procurador Sr. Ignacio Sanchíz Capdevila. Actuando como Acusación Particular EL CONSEJO DEL MENOR bajo la dirección letrada



del Sr. Raimundo Arribas y representado por la procuradora Sra. Concepción Mendoza. Con intervención del Ministerio Fiscal. Asume **la ponencia el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús Alfonso Poncela García.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, al inicio del juicio oral, modificó sus conclusiones provisionales calificando los hechos como constitutivos de dos delitos de abuso sexual tipificados en el artículo 182.1 y 2, en relación con los artículos 181.1 y 2 y 180.1. 3º del Código Penal en su redacción anterior a la LO 5/2010 de 22 de junio, concurriendo la circunstancia eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica.

Siendo responsables los procesados Juan Enrique y Abel en concepto de autores conforme a los artículos 27 y 28 del mismo texto legal, de los delitos de abusos sexuales.

Procediendo imponer a cada uno de los procesados y por cada uno de los delitos, de acuerdo con los artículos previamente citados, las siguientes penas:

dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, y las prohibiciones de comunicarse con Hernan por cualquier medio y de aproximarse a él, a su domicilio o cualquier otro lugar que frecuente a una distancia inferior a quinientos metros, ambas durante un plazo de diez años.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Juan Enrique y Abel, como responsables civiles, indemnizarán a Hernan con la cantidad, cada uno, de diez mil euros. Estas cantidades devengarán los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La deuda de cada acusado se verá disminuída en trescientos euros, debido a la consignación efectuada el día del juicio.

Procediendo la condena al pago por mitad de las costas del proceso.

SEGUNDO.- El letrado de la Acusación Particular, por un lado, y el letrado de los dos acusados así como éstos, por otro, mostraron su conformidad con tal nueva calificación y petición de penas y de responsabilidad civil formulada por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Acto seguido, cumpliéndose los trámites legales, el Tribunal dictó sentencia "in voce", en los términos conformados, y a continuación tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular, los acusados y su defensa letrada manifestaron su intención de no recurrir la sentencia, por lo que se declaró su firmeza en dicho acto.

CUARTO.- En el mismo acto de juicio, se dió traslado a las partes a los efectos de una posible suspensión de las penas, estando todos de acuerdo en que se suspendan por un plazo de cuatro años, al amparo del artículo 80.3 Cp., con realización de 120 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, habida cuenta de que los acusados carecen de antecedentes penales.

HECHOS PROBADOS

Son hechos probados por conformidad de las partes:

PRIMERO.- Los acusados Juan Enrique y Abel son sobrinos de Leon, abuelo paterno de Hernan, nacido el día NUM005 de 2000, y quienes éste ha venido identificando, a lo largo de su infancia y adolescencia, indistintamente, como sus tíos o primos paternos.

En fechas no determinadas en torno al año 2006, cuando el menor Hernan aún convivía con sus padres, Samuel y Esmeralda, en el domicilio familiar sito en la CALLE000 de Vitoria-Gasteiz, fue convencido por el acusado Juan Enrique para que le acompañara al dormitorio con la excusa de ir a jugar con él. Una vez en dicha dependencia, el acusado cerró la puerta de la habitación y, con ánimo libidinoso y con intención de dar satisfacción a sus deseos sexuales, estando el menor Hernan ¿quien contaba entonces con entre 5 ó 6 años de edad - de pie sobre la cama, le bajó los pantalones y los calzoncillos y le practicó una felación. A continuación, Juan Enrique se bajó sus pantalones y solicitó al niño que le hiciera una felación llegando a eyacular. A pesar de que Hernan le dijo a su tío/primo que "eso no le gustaba", Juan Enrique volvió a chupar los genitales del otrora menor, indicándole a continuación que no contara nada a nadie.

SEGUNDO.- Posteriormente, en fechas no determinadas pero una vez que Hernan residía en el domicilio de sus abuelos paternos, Leon y Rosalia, sito en la CALLE001 N° NUM006, piso NUM007 de Vitoria-Gasteiz, entre el mes de enero de 2010 y el 28 de enero de 2011 ¿fecha en que el Consejo del Menor dependiente de la Diputación Foral de Álava asumió la tutela del menor y sus dos hermanos previa declaración de desamparo de los mismos- el acusado Juan Enrique solicitó al otrora menor que le acompañara a un camarote del



BARRIO000 de Vitoria-Gasteiz con la excusa de ir a recoger alguna cosa. Una vez en dicho lugar, el acusado con ánimo libidinoso y con intención de dar satisfacción a sus deseos sexuales, cerró la puerta y tras bajarle los pantalones y los calzoncillos, penetró analmente a Hernan , sin llegar a efectuar una penetración completa, sujetando al otrora menor por la cintura a pesar de que éste le dijo que no quería. Una vez hubo finalizado, el acusado indicó a Hernan que no contara nada de lo ocurrido.

TERCERO.- También en fecha no determinada pero en todo caso comprendida en el espacio temporal en que Hernan convivía con sus abuelos paternos, el otro acusado, Abel , acudió al domicilio de aquéllos y pidió al otrora menor que le acompañara a comprar el pan. De camino a la panadería, con ánimo libidinoso y con intención de dar satisfacción a sus deseos sexuales, en una zona de descampado del BARRIO000 , Abel besó en la boca al otrora menor y bajó los pantalones y calzoncillos del niño ¿quien por entonces contaba con entre 9 y 10 años de edad- y, tras bajarse también los suyos, le penetró analmente, frotándose con él sin llegar a introducirle el pene completamente. El acusado eyaculó como consecuencia de estos hechos, limpiándose a continuación con un librito de cuentos que el menor portaba en uno de sus bolsillos. Abel instó al menor a que no contara nada de lo ocurrido.

CUARTO.- Meses más tarde, Abel , movido por el mismo ánimo libidinoso y con intención de dar satisfacción a sus deseos sexuales, penetró analmente al otrora menor en el interior de un garaje. Si bien la penetración no fue completa, el acusado eyaculó como consecuencia de estos hechos, procediendo a limpiarse con una de las paredes. Abel pidió a Hernan que no contara nada a nadie y guardara el secreto.

QUINTO.- Las facultades volitivas e intelectivas del acusado Juan Enrique pudieran estar afectadas, aunque no anuladas, conociendo la elemental moralidad de sus actos en relación con estos hechos. Juan Enrique tiene un retraso mental ligero con una discapacidad reconocida del 49%, precisando desde el punto de vista médico sometimiento a seguimiento y tratamiento psiquiátrico especializado supervisado con el fin de recibir un tratamiento psicoeducativo integral.

SEXTO.- El acusado Abel presenta un cuadro compatible con un retraso mental moderado, habiéndole sido reconocido un grado de discapacidad del 61%. Cabe estimar que, en relación con los hechos objeto del presente procedimiento, sus facultades volitivas y cognitivas pudieran haberse encontrado afectadas en grado moderado, aunque no anuladas.

SÉPTIMO.- Como consecuencia de estos hechos, el otrora menor Hernan presenta consecuencias psicológicas de entidad clínica significativa reactivas asociadas, congruentes y compatibles con la vivencia de una situación de abuso sexual en la infancia. Por ello ha requerido en distintos momentos de su biografía tratamientos psicológicos y médicos. Se estima que, desde el punto de vista psicológico, seguirá necesitando asistencia psicológica debido al impacto de los hechos que inciden directamente en su evolución y desarrollo integral, biopsicosocial. En la actualidad, dispone de tratamiento psicofarmacológico en seguimiento con un psiquiatra.

OCTAVO.- En el día señalado para el juicio oral, los acusados han depositado la cantidad de seiscientos euro sen la cuenta de consignaciones del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los artículos 689 y 690 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vienen a establecer en su conjunto que si en una causa, además de la calificación fiscal, concurre otra de la acusación particular, se ha de preguntar al procesado si se confiesa reo, es decir, responsable de los delitos, según la calificación más grave y civilmente responsable por la cantidad mayor que se hubiese fijado.

A su vez, el art.694 de dicha Ley Adjetiva preceptúa que si en la causa no existe más que un procesado y contesta afirmativamente a aquellas preguntas, el Presidente del Tribunal tiene que preguntar al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral, y si éste no estima necesaria tal continuación, el Tribunal ha de proceder a dictar sentencia en los términos expresados en el art. 655.

En este precepto se indica que la Sala debe dictar sin más trámites la sentencia que proceda, según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.

SEGUNDO.- En el presente caso, el Ministerio Fiscal, la acusación particular y la defensa alcanzaron un acuerdo de conformidad y se les preguntó a los acusados si reconocían los hechos de la acusación, si se consideraban autores de los delitos y asumían todas las circunstancias, incluida la responsabilidad civil, manifestando los procesados que sí se consideraban responsables y asumían todas esas circunstancias.

También se les preguntó si estaban de acuerdo y consentían las penas allí indicadas y manifestaron que sí las aceptaban. El letrado de los acusados, en fin, no consideró necesaria la continuación del juicio oral.



En consonancia con el artículo 655 de la Ley de Ritos penal, se ha de dictar una sentencia, según la calificación aceptada por las partes, sin exceder de la penas solicitadas por la acusación particular y el Ministerio Fiscal.

En todo caso, la aceptación libre y consciente de los hechos y demás circunstancias de los delitos imputados por parte de los acusados, constituye, según doctrina reiterada e inconcusa del Tribunal Constitucional, cuyo conocimiento exime de cualquier cita, prueba suficiente de cargo para enervar el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución Española, que, por lo demás, en un plano subjetivo (art. 741 LECr.) resulta plenamente convincente con respecto a la comisión de los hechos y de la autoría de los procesados, y por tanto, sobre la base de tal asunción de los hechos y de las penas, se podría llegar a la misma conclusión condenatoria que la que han propuesto las partes.

Por otra parte, en fin, los hechos expresados en el escrito conjunto son constitutivos de los delitos propuestos, cuatro delitos de abuso sexual, tipificados en el artículo 182.1 y 2 y 180.1.3º del Código Penal, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y las penas solicitadas se pueden imponer conforme a tales preceptos, por lo que no existe ninguna dificultad legal para fijar las condenas interesadas y determinar la responsabilidad civil correspondiente.

TERCERO.- Al momento de la comisión de estos delitos, los dos acusados carecían de antecedentes penales, eran delincuentes primarios, por lo que concurre el requisito dispuesto en el artículo 80.2.1º del Código Penal para poder optar a la suspensión de la ejecución de las penas.

No concurre el requisito del artículo 80.2.2º, puesto que la suma de las penas impuestas a cada uno excede de los dos años de duración, y esto impide acceder a la suspensión ordinaria, pero no a la suspensión extraordinaria o sustitutiva del artículo 80.3 del Código.

Y no puede desdeñarse un inicial esfuerzo reparador, manifestado en la consignación de seiscientos euros con destino a la víctima, al que han añadido el compromiso de seguir abonando la indemnización de manera fraccionada en cantidades acordes a sus capacidades económicas.

Si a ello añadimos la concorde voluntad de las dos partes acusadoras y de la defensa sobre este extremo, habremos de estimar la solicitud de suspensión.

Esta suspensión quedará condicionada a la realización de ciento veinte jornadas de trabajos en beneficio a la comunidad (artº.84.1.3ª), como interesó el Ministerio Fiscal, sin objeción de las demás partes, y al cumplimiento de ese compromiso de pago de la indemnización, que se concretará en ejecución de sentencia.

De acuerdo entre todas las partes, el plazo de suspensión se fija en cuatro años (artº. 81) y, durante ese tiempo y desde luego, los condenados no podrán volver a delinquir, a riesgo de revocación de la suspensión (artº. 86).

CUARTO.- En virtud de los artículos 123 y 124 del Código Penal, procede condenar a los acusados al pago por mitad de las costas del proceso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Condenar a Juan Enrique, como autor criminalmente responsable de dos delitos de abuso sexual, tipificados en el artículo 182.1 y 2, en relación con los artículos 181.1 y 2 y 180.1.3º del Código Penal, en su redacción anterior a la L.O. 5/2010, de 22 de junio, concurriendo la circunstancia eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, a las penas, por cada uno de los delitos, de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, y las prohibiciones de comunicarse con Hernan por cualquier medio y de aproximarse a él, a su domicilio o cualquier otro lugar que frecuente a una distancia inferior a quinientos metros, ambas durante un plazo de diez años.

Condenamos a Abel, como autor criminalmente responsable de dos delitos de abuso sexual, tipificados en el artículo 182.1 y 2, en relación con los artículos 181.1 y 2 y 180.1.3º del Código Penal, en su redacción anterior a la L.O. 5/2010, de 22 de junio, concurriendo la circunstancia eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, a las penas, por cada uno de los delitos, de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, y las prohibiciones de comunicarse con Hernan por cualquier medio y de aproximarse a él, a su domicilio o cualquier otro lugar que frecuente a una distancia inferior a quinientos metros, ambas durante un plazo de diez años.

Condenamos a Juan Enrique y a Abel, como responsables civiles, a que indemnicen a Hernan con la cantidad, cada uno, de diez mil euros. Estas cantidades devengarán los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La deuda de cada acusado se verá disminuída en trescientos euros, debido a la consignación efectuada el día del juicio.



Condenamos a los acusados al pago por mitad de las costas del proceso.

Acordamos suspender la ejecución de las penas de prisión impuestas a Juan Enrique y a Abel , durante el plazo de cuatro años, con las siguientes condiciones:

-que no vuelvan a delinquir en el plazo indicado

-que cada uno realice ciento veinte jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad.

-que cumplan el compromiso de pago de las indemnizaciones, que se concretará en ejecución de sentencia.

Entréguese a Hernan los seiscientos euros consignados en la cuenta del Tribunal.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso al haberse anticipado el fallo en el juicio oral y haber manifestado las partes en dicho acto su propósito de no recurrirla.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo./Ilma. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.