



Roj: **SAP A 2772/2017 - ECLI: ES:APA:2017:2772**

Id Cendoj: **03014370032017100205**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **3**

Fecha: **22/12/2017**

Nº de Recurso: **23/2017**

Nº de Resolución: **494/2017**

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

Ponente: **MARIA AMPARO RUBIO LUCAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

ALICANTE

NIG: 03140-41-2-2016-0004119

Procedimiento: Procedimiento sumario ordinario Nº 000023/2017-

Dimana del Sumario Nº 000366/2016

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE DIRECCION000

**SENTENCIA Nº 000494/2017**

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:

D. JOSÉ DANIEL MIRA PERCEVAL VERDÚ

Magistrados/as:

D<sup>a</sup> MARIA DOLORES OJEDA DOMÍNGUEZ

D<sup>a</sup>. AMPARO RUBIÓ LUCAS

En Alicante, a veintidós de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTA en juicio oral y público, el pasado día 20 de diciembre de 2017, por la Audiencia Provincial, Sección Tercera de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. del margen, la causa procedente del Juzgado de DIRECCION000 nº 1 seguida de oficio por delito de ABUSOS SEXUALES contra el procesado Esteban , hijo de Justiniano y de Otilia , nacido el NUM000 /1975, natural de Guandong (China), sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, representado por el procurador D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Del Mar Faus Ros y defendido por el Letrado D. Ignacio Gally Muñoz, en cuya causa fue parte acusadora el MINISTERIO FISCAL, representado por el Fiscal Ilmo. Sr. D. Martín López Nieto actuando como Ponente la Ilma. Sra. Doña AMPARO RUBIÓ LUCAS, Magistrada de esta Sección Tercera, que expresa el parecer de la Sala.-

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años con acceso carnal por vía anal y bucal previsto y penado en el artículo 183.1 y 3 del Código Penal , y de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años a través de Internet y por teléfono previsto y penado en el artículo 183 ter, de los que consideró responsable criminalmente en concepto de autor a Esteban , para quien solicitó, por el primer delito, las penas de nueve años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena conforme al artículo



56 del Código Penal y, de acuerdo con el artículo 57.1 en relación con el artículo 48.2.3 del Código Penal, prohibición de que el acusado se aproxime a Federico a una distancia de 300 metros, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar que sea frecuentado por él, y la prohibición de establecer con el mismo por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual directa o indirectamente por tiempo de 10 años; y por el segundo delito, la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena conforme al artículo 56 del Código Penal. Igualmente, conforme al artículo 192 del Código Penal, se interesa la medida de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, por un tiempo de 6 años, siendo que dicha medida de libertad vigilada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.3.3ª en relación con el 106.1.e) f) j) se concrete el cumplimiento de las medidas de prohibición de aproximarse a la víctima, prohibición de comunicarse con la víctima y participación en programas de educación sexual; y pago de costas procesales.

SEGUNDO.- La defensa del acusado, en igual trámite, estimó que los hechos no constituían delito alguno imputable a su patrocinado, solicitando su libre absolución.

## II. HECHOS PROBADOS

El procesado Esteban, mayor de edad con fecha de nacimiento NUM001 /75, con N.I.E nº NUM002, natural de China, y sin antecedentes penales, el día 17 de septiembre de 2015 se puso en contacto, a través de su cuenta de correo electrónico " DIRECCION001 ", con el usuario de la cuenta de correo electrónico DIRECCION002, siendo el mismo el menor Federico de 15 años de edad, el cual había visto un anuncio que el procesado había publicado en la página web DIRECCION003, en el que textualmente decía " oferta busco jovencito meno de 18 ano tengo 35 ano busco jovencito meno de 18 ano para sexo pago bien " y daba su cuenta de correo electrónico.

El procesado, con la clara intención de satisfacer sus deseos sexuales, inició con el menor una conversación en la que le proponía mantener relaciones sexuales por vía anal y bucal, continuando la conversación en días posteriores tanto a través de la cuenta de correo electrónico como a través de la plataforma de WhatsApp, siendo el procesado el usuario del número del NUM003 y el menor del número de móvil NUM004, insistiendo el procesado, con clara intención sexual, en quedar con el menor en Alicante o donde el menor pudiera, hablando con el de cómo mantendrían sexo y del dinero que le pagaría, siendo que finalmente, el procesado, tras pactar con el menor la suma de 150 euros, quedó con éste en el domicilio del mismo situado en la localidad de DIRECCION000 el día 22/10/2015 y ya en la habitación, el procesado le penetró con el pene analmente practicando los dos después sexo oral.

## III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El delito de abusos sexuales se caracteriza por el atentado contra la libertad e indemnidad sexual de la víctima, cometido sin violencia o intimidación, pero también sin que medie consentimiento -tipo básico del artículo 181-. Por su parte, el artículo 183 presume legalmente la irrelevancia del consentimiento cuando los abusos sexuales se ejecuten sobre menores de 16 años. No son tipos penales distintos de abusos sexuales, sino el mismo delito, por participar de la misma naturaleza, tanto en el dolo del actor, como en la ejecución delictiva, y que únicamente disciplinan la obtención del consentimiento, irrelevante por razón de la edad de la víctima.

En el presente caso, debe partirse de determinados hechos:

a) De la prueba practicada en autos ha resultado acreditado que Esteban, tras pactar con el menor Federico la suma de 150 euros, quedó con éste en el domicilio del mismo situado en la localidad de DIRECCION000 el día 22/10/2015 y ya en la habitación del menor, el procesado le penetró con el pene analmente, practicando los dos después sexo oral. Aunque Esteban sostenga con claros fines exculpatorios que no mantuvo relaciones sexuales completas con el menor, sino que se limitó a acariciarlo, las pruebas practicadas revelan lo contrario. El menor siempre ha sostenido que mantuvieron acceso carnal anal y bucal, no apreciándose ningún móvil espúreo por parte de Federico, quien ni siquiera reclama indemnización alguna en concepto de responsabilidad civil y que incluso era reacio a comparecer al acto del juicio oral. La doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo -véanse Sentencias de 4/2/2004 y 12/12/2005-, concordante con la del Tribunal Constitucional, admite la fuerza de la declaración de las víctimas muy particularmente en delitos generalmente desarrollados en un ambiente de intimidad, para desvirtuar la presunción de inocencia, y aporta como guía para el acierto en la evaluación de las pruebas que se atiende a: 1) la ausencia de móviles espúreos, 2) la mayor o menor prontitud en las incriminaciones y la persistencia en ellas, 3) la verosimilitud en sí de las



versiones y la corroboración periférica mediante elementos externos, y la declaración de Federico reúne todos los requisitos apuntados, siendo corroborada por el contenido de los mensajes de WhatsApps que ambos se enviaron el día 1 de junio de 2016, indicándole Federico de Esteban "No quieres follarme otra vez" a lo que Esteban le responde "Si pero en tu casa no" (folio 179 del tomo I de las actuaciones).

b) El acceso carnal entre ellos fue de forma consentida.

c) La apariencia física de Federico es la de un joven que puede pasar por mayor de edad, tal y como se pudo observar en el Juicio Oral. Su forma de expresar sus ideas y razonar las respuestas a las preguntas que se le formularon, pusieron de manifiesto una madurez que aparentemente puede corresponder a persona mayor a la edad que tiene. También es un dato revelador de la madurez de Federico el hecho de que el mismo se anunciara en la página web. DIRECCION003 ofreciendo servicios sexuales.

d) Federico respondió a un anuncio que el procesado había publicado en la página web DIRECCION003 , página a la que solo pueden acceder las personas mayores de edad.

Por tanto, puede considerarse verosímil la versión del acusado, quien refiere que su intención era buscar jóvenes entre 17 y 18 años y hasta 25 ó 26 años y que, aunque Federico le dijo que tenía 15 años, el acusado tuvo el convencimiento de que era un adulto viendo su figura y su cara, añadiendo que cuando llegó al domicilio del menor le pidió que le exhibiera el DNI, indicándole Federico que no lo tenía. Este último extremo viene corroborado en parte por Federico quien, en el juicio oral, declaró que el acusado le pidió el DNI pero no recuerda si se lo enseñó.

De las manifestaciones del acusado, así como de la exploración del menor, se deduce que no encontraríamos ante un error del tipo padecido por el acusado quien, errado por la apariencia y madurez de aquel entabló relaciones sexuales.

El error del tipo viene regulado en el art. 14.1 y 2 del Código Penal que establece que "... 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

La apreciación de dicho error requiere el examen de las circunstancias que rodean los accesos carnales que se imputan a Esteban , en cuanto afecta a un elemento constitutivo del tipo (la edad inferior a 16 años de la víctima) así como al elemento subjetivo del delito. Así, en sentencias como la núm. 793/2004 de 14 de julio del Tribunal Supremo , se afirma que "... la circunstancia de la menor edad de la víctima ... es un elemento del tipo consistente en realizar actos de naturaleza sexual, que atenten contra la libertad sexual de una víctima menor de trece años". Y la Jurisprudencia recuerda que " el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error , y error de Derecho ( error iuris) que correspondería a la ignorancia" ( SSTS. 753/2007 de 2.10 , 1238/2009 de 11.12 , 392/2013 de 16.5 y 97/2015 de 24.02 )

Tribunal Supremo Sala 2ª, en Sentencia número 97/2015 de 24 de febrero , rec. Núm 1774/2014, referido al delito castigado conforme a la redacción del art. 183 del Código Penal anterior a la vigente, expresamente expone: "En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 13 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 13 años. Ahora bien es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del art. 187.1 y 2 del CP o en su caso del art. 183 bis puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo , sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual ( ssts 123/2001, 5 de febrero y 159/2005 de 11 de febrero)".



Dicha sentencia recuerda que en todo caso debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, no siendo suficiente la mera alegación. Y en el caso enjuiciado, nos encontramos con que concurren circunstancias que evidencian la existencia de un desconocimiento de la edad del menor por parte del acusado.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en Sentencia nº 320/2017, Penal sección 1 del 04 de mayo de 2017, declara que: "La doctrina sobre el error como causa de exclusión del dolo - error de tipo- o como presupuesto excluyente de la culpabilidad - error de prohibición- ha sido ampliamente abordada por esta Sala (cfr. SSTS 737/2007, 13 de septiembre; 411/2006, 18 de abril; 721/2005, 19 de mayo; 709/1994, 28 de marzo; 873/1994, 22 de abril, entre otras muchas).

Conforme a esta idea, el error sobre la edad de la víctima en los delitos de abusos sexuales no debe ser etiquetado, en principio, como un error de prohibición ( art. 14.3 CP ), sino como un error de tipo ( art. 14.1 CP ). El delito por el que se formulaba acusación por el Fiscal y por la defensa de la víctima exige, a la vista del art. 183 del CP, afectado en su redacción inicial por las reformas operadas por las leyes orgánicas 11/1999, 21 de mayo, 15/2003, 25 de noviembre, 5/2010, 22 de junio y 1/2015, 30 de marzo, que el sujeto abarque con el dolo que la menor con la que está manteniendo relaciones sexuales es, en función del arco de vigencia cada una de aquellas leyes, menor de 12, de 13 o de 16 años.

En el presente caso, el juicio histórico proclama el desconocimiento por el acusado de la edad de Montserrat y añade que "... ésta siempre tuvo un desarrollo físico desproporcionado y avanzado para su edad, siendo apreciable desde que, como su madre dijo, tenía nueve años, con pleno desarrollo de sus evidencias y formas femeninas, de manera que destacaba entre las niñas de su edad por parecer mayor de lo que era, presentando una madurez mental superior a su edad cronológica fuese la que fuese en el momento de los hechos».

Tratamiento distinto merecen aquellos otros casos en los que el acusado, ya sea porque admite ser conocedor de la edad de la menor, ya porque concurren elementos probatorios más que fundados para inferir ese conocimiento, entiende que el mantenimiento de relaciones sexuales con una persona que ha alcanzado esa edad está permitido por el derecho. Es en estos casos en los que se dibuja la figura del error de prohibición, esto es, aquel que recae sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción criminal ( art. 14.3 CP ). "

Conforme a la valoración expuesta de la prueba practicada hemos considerado probado que el menor aparentaba ser mayor no sólo de 16 años, sino que podría confundirse con persona de edad superior a los 18 años de edad, tal y como pudo observarse por este Tribunal en el Juicio Oral, y como puede observarse también en las fotografías obrantes en autos (folios 52 y 129). En todo caso, dentro de la minoría de edad que establece el art. 183 del Código Penal como elemento constitutivo del tipo, la que ostentaba el sujeto pasivo en este caso está muy próxima al límite de los 16 años.

SEGUNDO.- En consecuencia, procede absolver al Esteban como autor de los dos delitos de abusos sexuales que se le imputaban.

TERCERO.- Las costas procesales conforme a lo dispuesto en los arts. 123 del Código Penal y 239, 240 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben declararse de oficio.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### IV.- PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Esteban como autor de los dos delitos de abusos sexuales que se le imputaban, declarando de oficio las costas procesalmente devengadas en esta causa.

Se dejan sin efecto las medidas cautelares adoptadas en esta causa contra el acusado.

Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .-

Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 15.4 de la Ley 35/95, de 11 de diciembre a la víctima del delito.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.- Se advierte expresamente a todas las partes, testigos, peritos y demás personas que sean receptoras de la presente resolución que deben guardar absoluta confidencialidad de todos los datos de carácter personal obrantes en la misma, quedando prohibida la transmisión de dichos actos o su comunicación por cualquier medio o procedimiento de los mismos debiendo ser trasladados para los fines propios de la Administración de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en la LO 15/1999 de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que haya lugar en su caso.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. JOSÉ DANIEL MIRA PERCEVAL VERDÚ, D<sup>a</sup> MARIA DOLORES OJEDA DOMÍNGUEZ, D<sup>a</sup> AMPARO RUBIÓ LUCAS.- Rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ