



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064047

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LOGROÑO

Sentencia 169/2018, de 12 de diciembre de 2018

Sección 1.ª

Rec. n.º 7/2017

SUMARIO:

Abusos sexuales a menores de dieciséis años. Edad del consentimiento sexual. Tras la reforma del Código Penal introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, la edad sexual válida para prestar consentimiento se ha elevado hasta los dieciséis años, por lo que a partir de su entrada en vigor, los ataques sexuales contra menores de dieciséis años atentarán contra su indemnidad sexual, bien jurídico protegido, al considerarse *ope legis* que no son capaces de consentir actos sexuales por faltarles los resortes adecuados de la personalidad para comprender el significado de su comportamiento, por lo que en su caso no podrá hablarse con propiedad de libertad sexual. Por tanto, nuestro Código penal fija en 16 años la edad para el consentimiento sexual y por debajo de esta edad la ley lo considera delito. Se explica en los fundamentos jurídicos de la sentencia que cualquier adulto que tenga contacto sexual con una menor de 16 años, cualesquiera que sean las condiciones y circunstancias, comete un delito, considerando irrelevante que el menor preste consentimiento.

En este sentido en el caso que se ha enjuiciado «no se ha acreditado» que el acusado conociera la verdadera edad de la menor, actuando, según sus declaraciones, en el convencimiento de que tenía 17 años. Añade el tribunal que el acusado cuenta con 20 años y la menor con 14 años y 10 meses de edad pero que durante las sesiones del juicio «no se aprecia que exista entre ambos una diferencia de desarrollo que ponga de manifiesto que se aprovechase de su superioridad para obtener el consentimiento». La proximidad por edad a que se refiere el precepto 183 del Código Penal, no puede entenderse referida sin más a la edad cronológica, sino que debe ser puesta en relación con el segundo inciso del precepto, que se refiere al grado de desarrollo o madurez, y en este caso, la Sala pudo constatar que, «el grado de desarrollo» de ambos estaba muy próximo a pesar de la diferencia de edad, al ser dos jóvenes del mismo origen étnico, con amigos comunes (grupo de whatsapp y salidas), con similares concepto cultural, formación y formas de entretenimiento, y sin que el procesado aparente un grado de madurez muy superior a su propia edad, ni al de la persona con la que ha mantenido relaciones sexuales, por lo que procede la aplicación de la cláusula del art. 183 quater en el caso, determinando asimismo la absolución del acusado por su virtud.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 12, 14.1, 183.1 y 183 quáter.

Constitución Española, art. 24.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.2.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.2.

PONENTE:

Doña María del Carmen Araujo García.

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

LOGROÑO

SENTENCIA: 00169/2018

-

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, MÓDULO C (NORTE), 3ª PLANTA

Teléfono: 941 296484/486/487

Correo electrónico:

Equipo/usuario: ATT

Modelo: N85860

N.I.G.: 26089 43 2 2017 0000576

PO PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000007 /2017

Delito: ABUSO SEXUAL A MENORES DE 16 AÑOS

Denunciante/querellante : MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

Contra: Landelino

Procurador/a: D/Dª JOSE LUIS VAREA ARNEDO

Abogado/a: D/Dª JUAN NUÑEZ RODRIGUEZ

SENTENCIA

ILMOS/AS SR./SRAS

Magistrados/as :

Dª CARMEN ARAUJO GARCÍA
D. RICARDO MORENO GARCÍA
Dª MARÍA PUY ARAMENDÍA OJER

En LOGROÑO, a doce de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTA en juicio oral y público, ante esta Audiencia Provincial la causa instruida con el número 7/2017, procedente de Sumario nº 1/2017 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño, y seguida por el trámite de Procedimiento Sumario Ordinario, por delito continuado de abuso sexual a menores de 16 años, contra Landelino , nacido en Marruecos el día NUM000 /1996, hijo de Oscar y de Amalia , representado por el Procurador D. JOSE LUIS VAREA ARNEDO y defendido por el Abogado D. JUAN NUÑEZ RODRIGUEZ. Siendo parte acusadora el MINISTERIO FISCAL, y actuando como ponente la Magistrada Dª CARMEN ARAUJO GARCÍA.



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La presente causa se incoó en virtud de comunicación del Servicio de Urgencias del HOSPITAL000 de Logroño, habiendo sido instruida inicialmente por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Logroño, en funciones de guardia y, tras el oportuno reparto, por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño, llevándose a cabo las diligencias que se estimaron pertinentes.

Alcanzada la fase intermedia, a solicitud del Ministerio Fiscal, por auto de fecha 10 de octubre de 2017 (folio 191) se acuerda la transformación de las diligencias previas nº 150/2017, en procedimiento sumario ordinario, dictándose auto de procesamiento, por el que se declara procesado a Landelino por la presunta comisión de un delito continuado de abusos sexuales con acceso carnal con menor de dieciséis años, acordando recibirle declaración indagatoria (folios 192 y 193), lo que así se verificó, según consta al folio 244 de las actuaciones.

Concluido el sumario por el Juzgado Instructor y remitido al Tribunal, por auto de fecha 12 de marzo de 2018 la Sala acordó la confirmación del auto de conclusión; y, por auto de fecha 27 de marzo de 2018 se acuerda la apertura de juicio oral, confirmando traslado al Ministerio Fiscal para que calificase provisionalmente los hechos.

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de conclusiones provisionales, calificando los hechos como constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales con acceso carnal a menor de 16 años, tipificado y penado en los artículos 183, 1º y 3º, y 74 del Código Penal, de que es responsable criminal en concepto de autor el procesado, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, señalando que procede imponer a Landelino la pena de diez años de prisión, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acercarse a menos de 500 metros a la menor Elena, su persona, domicilio, lugar de estudios o lugar de trabajo y cualquiera lugar que frecuente aquélla, así como prohibición de comunicarse por cualquier medio, ambas por tiempo de 15 años (artículo 57 del Código Penal), y libertad vigilada por tiempo de seis años, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 192 y 106 del Código Penal, con la obligación de asistir a un programa de educación sexual. Añade el Ministerio Público que, por vía de responsabilidad civil, procede que el procesado Landelino indemnice a la menor Elena en 30.000 euros por los daños morales causados, con aplicación de los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el mismo trámite, la defensa del procesado muestra su disconformidad con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal solicitando la libre absolución de todos los cargos que se le imputan por falta de pruebas, con todos los pronunciamientos favorables.

Segundo.

Señalada la vista oral, el acto del juicio se llevó a cabo con el resultado que obra en la grabación correspondiente, habiéndose practicado las pruebas propuestas por las partes.

En trámite de conclusiones, el Ministerio Fiscal elevó las suyas a definitivas con la única modificación de que la indemnización que solicita se establezca a cargo del acusado y a favor de la menor sea de 6.000 (seis mil) euros, en lugar de la cuantía de 30.000 (treinta mil) euros, que solicitaba en el escrito de conclusiones provisionales.

La defensa elevó a definitivas sus conclusiones.

Tras la emisión de los informes por acusación y defensa, se concedió el derecho a la última palabra al acusado. Y, verificado, se declaró el proceso concluso para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Como este mismo Tribunal expresa en sentencia nº 66/2017, de 22 de junio, reseñando la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tenerife nº 254/2016, de 15 de julio, "Como en todo proceso penal,



para enjuiciar y decidir sobre la responsabilidad penal ha de partirse del derecho a la presunción de inocencia, derecho que viene consagrado en nuestro sistema constitucional y legal con rango de derecho fundamental (artículo 24 de la Constitución) e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación y cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo, la versión alternativa ofrecida por el acusado por carencia de la necesaria racionalidad (sentencias del Tribunal Supremo 38/2015, de 30 de enero , 133/2015, de 12 de marzo y 231/2015, de 22 de abril).

En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia constituye la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Como recoge, entre otras, la sentencia 214/2009 del Tribunal Constitucional , la presunción de inocencia solo queda desvirtuada cuando se han probado todos y cada uno de los elementos de carácter fáctico del tipo delictivo, tanto objetivos como subjetivos. Y más recientemente, la sentencia 126/2012 ha insistido en que el enjuiciamiento de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales".

Segundo.

Junto a la presunción de inocencia y en la ponderación del material probatorio el Tribunal ha de atender ante situaciones de incertidumbre o duda al principio in dubio pro reo de modo que, de no quedar convencido de la concurrencia de los presupuestos negativos y positivos del juicio de imputación de los hechos objeto de acusación, debe optar por una declaración de inculpabilidad, ya que, como ad. ex. expresa la S.T.S. de 11 de octubre de 2006 "El sistema penal propio de un Estado Democrático de Derecho, basado en principios que reconocen los derechos individuales y entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, no puede asumir la condena de los inocentes, aun cuando ello sea a costa de confirmar en ocasiones la absolución de algunos que pudieran ser culpables".

Tercero.

La declaración de hechos probados que se establece en la presente resulta de la apreciación que de la prueba practicada efectúa este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

La resultancia probatoria obtenida en el plenario desde luego no corrobora la versión que la menor expresa en el HOSPITAL000 de Logroño y a los funcionarios de la Unidad de Familia y Mujer de la Jefatura Superior de Policía de La Rioja, ni en la exploración de la misma en Comisaría (folios 12 y 13 y 28 a 32 de lo actuado ante el Juzgado Instructor). De hecho, así se pone de relieve en la diligencia de informe expresamente incluida en el atestado instruido (folios 14 y 15 de las actuaciones ante el Juzgado Instructor) a tal fin y se reitera por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía con carnet profesional números NUM003 , NUM004 y NUM005 , al deponer como testigos en el plenario. Contundente resulta la declaración de la funcionaria del Cuerpo Nacional de Policía nº NUM003 , que actuó como secretaria en la instrucción del atestado y declara que "observaron contradicciones en las declaraciones de la menor", "que trataba de ocultar las relaciones con el acusado", y que "denunció que había sido obligada cuando cree la testigo que lo había hecho voluntariamente", y, respondiendo a la defensa, que "cotejaron las declaraciones de las dos menores y vieron muchas incongruencias", que "intentaba Elena justificar su ausencia"; y, añade, que la menor Elena "llevaba la pulsera; ese detalle le llamó mucho la atención; no se la quita desde que se la regaló el acusado con las iniciales, cuando dice que está siendo forzada"; y, finalmente, expresa la testigo: "sobre el secuestro en una casa en DIRECCION000 , era una historia que no se sostenía" y que "no pudieron encontrar a esa persona". La misma funcionaria declara que "la chica estaba normal, quizás un poco cohibida porque estaban su hermana y su padre". También la médico forense que examinó a la menor junto a la ginecóloga del HOSPITAL000 , igual que en su informe (folios 8, 9, 47 y 48 de las actuaciones ante el Juzgado Instructor) reitera ante el Tribunal, al intervenir como perito, que la menor estaba "tranquila" y



"explicaba las cosas tranquilamente". Tal estado mal se cohonesta con el relato de abusos, coacciones, amenazas e incluso secuestro que efectúa la menor, como poco compatible se estima con su versión de los hechos que llevase puesta la pulsera con su nombre y las iniciales del procesado junto a las suyas cuando el día 1 de febrero acude al hospital, como incompatible con la detención ilegal resulta que tras ducharse, cambiarse de ropa con la que les trajo la hermana de Leticia (y les entregó "en la calle"), "plancharse" el pelo y arreglarse "bien", quedasen con el llamado Imanol en la PLAZA000 de DIRECCION000 y que éste las llevara al PARQUE000 de la misma localidad.

La hermana de la menor, Diana , que depone en el juicio como testigo, sin embargo, dice que " Landelino y su hermano la ayudaron a buscarla" pero relata el momento del encuentro con Elena diciendo que "la encontraron en un parque en malas condiciones", cuando, como hemos expuesto, Elena relata que fueron al parque tras ducharse, cambiarse de ropa, plancharse el pelo y arreglarse "bien".

Niega la menor haber consentido mantener relaciones sexuales con el procesado, pretendiendo que el acusado en la primera ocasión en que mantuvieron relaciones sexuales le echó algo en una coca cola que le dio ya abierta para beber y que en las posteriores relaciones lo hizo obligada porque el acusado la amenazó con difundir ("la iba a ver toda España y Marruecos") una foto que le hizo y temía que se enterasen sus padres. El acusado declara que "mantuvo relaciones sexuales con ella", pero "fueron relaciones consentidas, "y que "no le echaba sustancias a la bebida" y que "no le hizo una foto desnuda ni la amenazó con darla a conocer en España y Marruecos". La contradicción es total.

El acusado relata la relación que mantuvieron del siguiente modo "cuando quedaban a solas tenían relaciones; otras veces quedaban con amigos e iban a tomar algo" y repite que "era ella la que insistía en quedar", y manifiesta que " le regaló una pulsera porque la relación iba bien". Manifiesta el acusado que "el 21 de enero ya no estaban juntos".

La amiga de Elena , Leticia , expresa que a finales de diciembre de 2016 quedaban en un centro comercial ella con Elena y ésta con Landelino "porque cree que estaban empezando una relación"; declara que " Elena le dijo que la trataba bien Landelino " y que "sabe que mantenían relaciones sexuales consentidas", porque se lo contaba Elena que le dijo "que se estaba enamorando". Declara Leticia que Elena y Landelino "rompieron entre el 15 y el 17 de enero", que "el 21 ya no estaban juntos", lo que coincide con la declaración del procesado y desdice la declaración de Elena de que el día 21 de enero mantuvieron relaciones sexuales y después fueron a la farmacia a por la pastilla del día después. Los agentes del Cuerpo Nacional de Policía comprobaron que Elena fue en una ocasión a la farmacia y ella relata que fue el día 13 de enero de 2017. También declara Leticia que el fin de semana que se escaparon (el 28 de enero) " Elena tuvo relaciones sexuales con otro chico de DIRECCION000 "; sin embargo Elena declara en el juicio que "no había mantenido relaciones con otras personas antes, ni después, ni el fin de semana que se escapó" y, en cambio, el resultado de los informes del Instituto Nacional de Toxicología (folios 166 a 176 de lo actuado ante el Juzgado Instructor y folios 137 y 138 del Rollo de Sala) realizados sobre la ropa de la menor (braga) entregada a la Policía e hisopo de abdomen (11) cotejados con el perfil genético del procesado, desdican la declaración de Elena , siendo tales informes ratificados y explicados en el juicio por los técnicos del Instituto Nacional de Toxicología que los realizaron.

La hermana de Elena , Diana , declara que Landelino iba a buscar a Elena "al colegio", "al instituto por las mañanas" y que "por eso sabía la edad de su hermana" que "estaba en primero de ESO en el Instituto DIRECCION001 ". Sin embargo, Elena declara que "nunca la fue a recoger al colegio". Elena declaró en principio que quedaba de seis a ocho de la tarde con Landelino , lo que no resulta compatible con el horario laboral de Landelino , según la certificación de la empresa en la que trabajó entre el 1 y el 24 de enero de 2017 aportada al folio 116, además de que es una empresa de la localidad de DIRECCION002 y Elena manifiesta que se encontraban en el Centro Comercial Berceo en Logroño(folio 29), lo que supone que si Landelino de trabajar en DIRECCION002 a las 18 horas difícilmente podía estar en Logroño a esa hora. El amigo del procesado, Eulalio , declara en el juicio que "venían a Logroño los fines de semana porque entre semana trabajaban hasta las seis"; Elena manifestó (folio 29) que se veían todas las tardes. También manifiesta el testigo Eulalio que " Elena estaba normal, bien, con Landelino cuando él los veía", y del mismo modo el testigo Genaro , también amigo del procesado, que acompañó a éste cuando el día 28 de enero fue a buscar a Elena y a su amiga Leticia a DIRECCION003 para traerlas a DIRECCION000 , y declara que no vió a Elena incómoda con Landelino , y también niega que fueran los cuatro a la casa de DIRECCION000 y que mantuvieran relaciones sexuales, contradiciendo lo manifestado por Elena .

En suma, ni Elena mantiene un relato uniforme, ni el resto de pruebas practicadas con el resultado expuesto corroboran su versión, que resulta contradicha una y otra vez en lo esencial. Contrariamente a lo declarado por Elena , de lo actuado resulta que esta mantuvo una relación con el procesado teniendo en varias



ocasiones relaciones sexuales con penetración vaginal con el consentimiento de Elena , cuando ésta tenía catorce años y diez meses y él veinte años.

Como expresa la antes citada sentencia nº 254/2016, de 15 de julio, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Tenerife "Como es sabido, medio para desvirtuar la presunción de inocencia es la prueba testifical. La doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido en sus sentencias 201/1989 -fundamento jurídico cuarto - y 173/1990 -fundamento jurídico tercero-, recogiendo doctrina anterior sustentada ya desde el Auto del mismo Tribunal 106/1982 , que la declaración de la víctima puede ser tenida como cabal prueba de cargo, si tal declaración fue vertida en el proceso judicial con todas las garantías constitucionales y legales. Y en este mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1989 , 18 de octubre de 1990 , 17 de diciembre de 1990 , 1 de febrero de 1991 y 5 de abril de 1992 , han establecido que las declaraciones de la víctima de un hecho punible son idóneas para fundamentar la decisión condenatoria de los tribunales, debiendo valorarse la concurrencia de los siguientes requisitos, A.-Ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las relaciones previas acusado-víctima, que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza, enfrentamiento o enemistad, que pudiere generar un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción asentada sobre firmes (STS de 11 de mayo de 1994 y 2 de octubre de 1999). Fundamentalmente la situación a analizar al respecto es la existente antes de ocurrir los hechos, B.- Verosimilitud del testimonio, de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso: lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas ni vestigios materiales de su perpetración, puesto que como señala la STS de 12 de julio de 1996 , el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el caso, y C.-Persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, plural y reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituye la única prueba enfrentada a la negativa del acusado que proclama su inocencia.

Sabido es que la Jurisprudencia, especialmente en los delitos de naturaleza sexual por la situación de clandestinidad en que se perpetran, es unánime al considerar que la declaración de la víctima de un delito, aun siendo la única prueba, constituye prueba válida para destruir la presunción de inocencia, pero la aptitud y suficiencia como prueba de cargo de la declaración de la víctima del delito viene condicionada a que no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador que le impidan formar su convicción, incluido el aspecto de la credibilidad cuya apreciación le corresponde en exclusiva (STS, entre otras muchas, de 12-11-1990 (RJ 1990 , 8887), 28-11-1991 (RJ 1991, 8700), 18-12-1992 , 12-6-1995 (RJ 1995, 4560) y 2-1-1996 (RJ 1996, 78)). Pero ello será así siempre que ofrezca las suficientes garantías de fiabilidad, para cuya valoración el Tribunal Supremo ha establecido una serie de elementos o requisitos que, como indican las sentencias de 24 de enero de 2006 (RJ 2006 , 2655), 17 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10067) y 29-12-2009 (RJ 2010, 431), entre otras, constituyen no tanto presupuestos de validez sino criterios o parámetros de valoración a los que debe de atender el Juez o Tribunal a la hora de valorar la prueba. Se trata, como indica la 24 de junio de 2002 (RJ 2002, 6727), en definitiva de cautelas que no constituyen propiamente requisitos o condiciones determinantes de la existencia de la prueba, sino reglas orientativas que deben ser tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia en su operación valorativa." Ya la STS 21 de mayo de 2010 alerta respecto de la tendencia a privilegiar la declaración de la supuesta víctima en relación con determinados delitos cometidos en un ámbito de especial intimidad, insistiendo en su necesaria sumisión a idénticos criterios de exigencia a los que rigen la valoración del testimonio único en general: "En supuestos (...), de relaciones producidas entre dos personas en un contexto íntimo, existe cierta tendencia a postular para la declaración de la que aparece procesalmente como víctima un plus de credibilidad. Es decir, la aplicación de un estándar de prueba menos exigente. Pero sucede que el derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto, lo que significa que, cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales, para que resulte justificada una sentencia condenatoria. Y el supuesto argumento -de frecuente presencia, sobre todo implícita- de la necesidad de evitar la impunidad de acciones producidas sin la concurrencia de testigos, privilegiando para ello alguna clase de prueba, no se sostiene. Pues nuestro sistema punitivo conoce una sola forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los actos penalmente relevantes: la fundada en el respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Y ésta exige que cualquier condena tenga como soporte una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, racionalmente formada y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos."



En el caso enjuiciado la Sala ha de concluir que las declaraciones de Elena no constituyen prueba válida para destruir la presunción de inocencia en cuanto a que actuase intimidada o forzada para mantener relaciones sexuales con Landelino , por cuanto que de lo actuado concluimos que no concurren las pautas jurisprudencialmente fijadas para que la declaración de la víctima resulte hábil para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado. Las contradicciones y falta de corroboraciones ya señaladas y la incredulidad subjetiva y la previa relación de "pseudonoviazgo" o "prenoviazgo" (en términos de la STS nº 946/2016, de 15 de diciembre) que mantuvieron, hasta que Landelino la dio por terminada, y que Elena quería ocultar a su familia, determinan al Tribunal a concluir que su declaración no reúne garantías bastantes de fiabilidad, de credibilidad.

Cuarto.

El artículo 183.1 del Código Penal castiga con penas de entre dos y seis años de prisión a quien realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años; y, conforme al apartado 3 de dicho precepto, cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías, la pena a imponer será la de ocho a doce años de prisión.

Tras la reforma del Código Penal introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, la edad sexual válida para prestar consentimiento se ha elevado hasta los dieciséis años, por lo que a partir de su entrada en vigor, los ataques sexuales contra menores de dieciséis años atentarán contra su indemnidad sexual, bien jurídico protegido, al considerarse ope legis que "no son capaces de consentir actos sexuales por faltarles los resortes adecuados de la personalidad para comprender el significado de su comportamiento, por lo que en su caso no podrá hablarse con propiedad de libertad sexual" (Exposición de Motivos de la Ley). Los dieciséis años se han convertido en la edad del consentimiento sexual, por debajo de la cual la ley considera que cualquier adulto que tenga contacto sexual con un menor de dieciséis años, cualesquiera que sean las circunstancias y condiciones (con la salvedad del artículo 183 quater del Código Penal) comete un delito, considerando irrelevante que el menor prestara consentimiento. En el caso enjuiciado la menor consintió las relaciones sexuales con el acusado, relaciones sexuales que lo fueron con penetración por vía vaginal.

En el caso que nos ocupa no se ha acreditado que Landelino tuviera conocimiento de la edad de Elena cuando mantuvo relaciones sexuales con ella. Él tiene veinte años y ella catorce años y diez meses, pero la Sala en el juicio de visu no aprecia existiera entre ambos una diferencia de desarrollo que ponga de manifiesto que Landelino se aprovechase por superioridad de Elena para obtener su consentimiento a los contactos sexuales.

La defensa plantea la aplicabilidad del artículo 183 quater del Código Penal . Pues bien, indiscutible resulta la diferencia de edad, de algo más de cinco años entre Elena y Landelino , pero la proximidad por edad a que se refiere el precepto no puede entenderse referida sin más a la edad cronológica, sino que debe ser puesta en relación con el segundo inciso del precepto, que se refiere al "grado de desarrollo o madurez", y desde esta consideración estima el Tribunal que el grado de desarrollo de Elena y Landelino estaba muy próximo a pesar de la diferencia de edad; basta al respecto la evidencia del modo de actuar de Elena , según se ha expresado al exponer el resultado de las pruebas practicadas. Son dos jóvenes del mismo origen étnico, con amigos comunes (grupo de whatsapp y salidas), con similares concepto cultural, formación y formas de entretenimiento, y sin que el procesado aparente un grado de madurez muy superior a su propia edad, ni al de la persona con la que ha mantenido relaciones sexuales, que se producen en el contexto de una relación de prenoviazgo o pseudonoviazgo entre ambos, tampoco dilatada en el tiempo, pues su duración aproximada fue de un mes.

Según declara el acusado, Elena le dijo que tenía 17 años y solo conoció su edad real, al momento de los hechos catorce años y diez meses, una vez formulada la denuncia; manifiesta el acusado que no sospechó que Elena tuviera catorce años, que "no tuvo duda en ningún momento"; que a sus amigos Genaro Y Eulalio les dijo que tenía 19 años, y que "aparentaba 17 años", y "nunca sospechó que tuviera menos edad". Elena declara que "le dijo que tenía 14 años", que no le dijo que tenía 17 años, que no cree ni recuerda haberle dicho al acusado que tenía diecisiete años; también declara Elena que a Genaro (amigo de Landelino) "le dijo que tenía 14 años", "no le dijo que tenía 19". La amiga de Elena , Leticia , declara en juicio que " Elena le dijo al principio que tenía dieciséis años" y "luego que tenía catorce" y, añade, que " Elena siempre ha ido maquillada y aparentaba más de catorce años"; señala Leticia que "a Landelino a Eulalio y a todos los del grupo Elena les dijo que tenía diecisiete años". También el testigo Eulalio declara en juicio que "por Whatsapp Elena dijo que tenía diecinueve años" y manifiesta el testigo que no aparentaba 14 o 15, sino 19 años" añadiendo: "por la forma de hablar no aparentaba ser una niña de 14 años", además de señalar que "ella se pintaba". La propia Elena declara que "sí se pintaba"; en cambio su hermana Diana manifiesta que "su hermana no se pintaba y se vestía sencillamente". El testigo Genaro , manifiesta que Elena "una vez me dijo por whatsapp que tenía diecinueve años" y que cuando la vió cuando fue



con Landelino a buscarla a DIRECCION003 , "no le dio la impresión de que tenía menos años, y nunca de que tuviera catorce años". También los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía nº NUM003 y nº NUM005 declaran que a su juicio Elena aparentaba más de catorce años. Preguntada al respecto la médico forense en el plenario manifiesta que Elena le dijo que tenía 14 años y que era compatible con su aspecto físico, sin mayor concreción.

La Sala que ve a Elena por primera vez en el plenario, esto es, casi dos años después de los hechos, no observa un aspecto en la misma que apunte una edad inferior a la que ahora tiene, dieciséis años; más bien Elena podría pasar por tener más edad; pero lo que no se aprecia es una apariencia de desigualdad ni en edad, ni por grado de desarrollo o madurez respecto al acusado.

Por lo expuesto, considera el Tribunal que resulta aceptable la versión del acusado de que pensaba que Elena tenía diecisiete años ya que las circunstancias concurrentes, ya expuestas, justificarían objetivamente el equívoco.

Como expresa la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Baleares nº 262/2018, de 11 de julio , "el Código Penal, tras la reforma operada en la LO 1/2015, que modificó parcialmente la norma sustantiva criminal, fija actualmente la edad del consentimiento sexual en los dieciséis años. Por debajo de esa edad está prohibida y es delictiva, con la excepción que se dirá, la realización de actos de contenido sexual con un menor.

El legislador, por consiguiente, establece una presunción iuris tantum de falta de capacidad de los menores de dieciséis años para consentir las relaciones sexuales... Ello sin embargo constituye una presunción que admite prueba en contrario. Y así, el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluye la responsabilidad penal por delitos contra la indemnidad sexual cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez (art. 183 quater).

De acuerdo con este precepto, para enervar esta presunción de falta de capacidad para consentir en el ámbito de las relaciones sexuales son necesarios dos requisitos cumulativos: el grado de madurez del menor, de una parte y, de otra, la proximidad en grado de madurez y edad del adulto.

Como ha señalado la doctrina, el núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual. Consiguientemente, la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez.

II.- / Es además el caso, en atención a cuanto ha sido objeto de análisis"...

"La STS nº 946/2016, de 15 de diciembre , examina un supuesto de relaciones consentidas entre persona de once años y otra mayor que ella en ocho años y siete meses, en una relación de "seudonoviazgo o prenoviazgo", estimando que "la relativamente próxima edad entre los mismos" se encontraba "fuera de los límites señalados, para la exclusión de responsabilidad, por la novedosa figura introducida, por la LO 1/2015, en el art. 183 quater del CP ".

Por su parte, la STS nº 1001/2016, de 18 de enero , examina otro asunto en el que la relación consentida se establece con una diferencia de "más o menos, veinte años y medio del acusado y los, aproximadamente, once años y ocho o nueve meses de la menor". El TS señala que el nuevo art. 183 quater "no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre", pero, "sin embargo sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios". La resolución expresa que "se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso".

El TS destaca que en los dos casos "la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio" y que "a ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada". Consecuentemente, en ambos supuestos el TS considera inaplicable el art. 183 quater.

A contrario sensu, en el caso que ocupa se ha de concluir que sí resulta de aplicación la cláusula del art. 183 quater, por cuanto la madurez sexual de la menor, que contaba con casi quince años de edad en el momento de los hechos (y no con once o menos de trece, como en los casos jurisprudenciales), impide apreciar un desequilibrio relevante y notorio con el acusado..., ni desde el punto de vista objetivo, ni subjetivo, toda vez que



ambos jóvenes compartían amistades y lugares de ocio, pudiendo contextualizarse sus vidas, por tanto, en un entorno social próximo y afín. Es decir, aunque la diferencia de edad entre ambos jóvenes fuera de unos nueve años, el hecho de contar ella con casi quince años y él con veinticuatro, unido a que compartían entorno social, de amistad y lúdico (contexto simétrico), no puede equiparse bajo el prisma de una mera aritmética a predichos supuestos en que la menor cuenta con once años y él con veinte, pues las vivencias, experiencias y grado de desarrollo a tan temprana edad, cualquiera que sea el contexto vital, es desigual res ipsa loquitur al inherente a un joven de veinte años.

Sobre este parecer, recuérdese que la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes incluye "bajo las expresiones "joven", "jóvenes" y "juventud" a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad"; y este margen es el mismo que ordinariamente emplea la Organización de Naciones Unidas a la hora de definir el término juventud.

Es por ello que también procede la aplicación de la cláusula del art. 183 quater en el caso, determinando asimismo la absolucón del acusado por su virtud."

En fin, no constatado que existiera abuso de superioridad facilitado por edad de Landelino sobre Elena , ni que fuera el acusado consciente de que Elena en el Momento de los hechos tenía menos de dieciséis años, siendo el grado de desarrollo psicosexual de ambos próximo según su conducta, y no desvirtuado por prueba pericial ni ninguna otra en contrario, concurriría el supuesto establecido en el artículo 183 quater del Código Penal excluyente de la responsabilidad penal del procesado, además de que concurriría en el mismo un error vencible, ya que actuó en la creencia de que Elena tenía diecisiete años pero no efectuó mayor averiguación al respecto; el error se considera existente dadas las circunstancias en que se desarrolló la relación entre ambos; ni siquiera conocía el acusado que estudios realizaba Elena (por otra parte tampoco constatado de modo fehaciente este extremo), simplemente manifiesta que ella "le dijo que ella estaba haciendo un curso de cocina", y que "no le dijo que estaba estudiando la E.S.O.". Elena y su hermana declaran que estudiaba Elena primer curso de E.S.O., pero no se ha acreditado tal extremo y, menos aún, que lo conociese el procesado.

El artículo 14.1 del Código Penal establece que el error invencible sobre un hecho constitutivo de 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. Por su parte, el artículo 12 del Código Penal dispone que las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley. Y en el caso enjuiciado considerando vencible el error de tipo sufrido por el acusado su actuación habría de ser considerada como imprudente y no prevista modalidad imprudente del delito de que se le acusa procede, también por ello, su absolucón. En el mismo sentido la antes citada sentencia nº 262/2018, de 11 de julio, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Baleares .

Por todo lo expuesto, el sentido del fallo ha de ser necesariamente absolutorio.

Quinto.

Se declaran de oficio las costas procesales causadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 123 y 124 del Código Penal y 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

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

FALLAMOS

Que, debemos absolver y absolvemos a D. Landelino , mayor de edad, debidamente circunstanciado en autos, y sin antecedentes penales, del delito continuado de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 183.1 y 3 del Código Penal , en relación con el artículo 74 del mismo Código , de que venía acusado en la presente causa, con todos los pronunciamientos favorables.

Se declaran de oficio las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente sentencia con la advertencia de que no es firme, al acusado y a su representación procesal, al Ministerio Fiscal, y al representante legal de la menor, aún no personado como parte en la causa.

Contra la presente sentencia puede interponerse recurso de apelación dentro del plazo de diez días ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

Así por esta sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.