



SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 30
Fax: 928 42 97 76
Email: s01audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Procedimiento sumario ordinario
Nº Rollo: 0000029/2018
NIG: 3501643220160025661
Resolución: Sentencia 000112/2019

Proc. origen: Procedimiento sumario ordinario Nº proc. origen: 0005066/2016-00
Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención:
Acusado
Perjudicado

Interviniente:
Rayco Eliazzer Artiles Leon

Abogado:
Jose Luis Benitez Garcia

Procurador:
Gloria De La Coba Brito

SENTENCIA

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

D. MIQUEL ANGEL PARRAMON I BREGOLAT

MAGISTRADOS:

D. PEDRO HERRERA PUENTES

D. SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 3/4/2019.

Visto ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en juicio oral, el Sumario Ordinario con nº de Rollo 29/2018, dimanante del Sumario n.º 5066/2016 del Juzgado de Instrucción nº 8 de Las Palmas, seguido por delito de abuso sexual contra **D. RAYCO ELIAZER ARTILES**, nacido el día 17/12/1986, de nacionalidad española, provisto de DNI nº [REDACTED] con antecedentes penales conocidos, representado por la Procuradora D.ª GLORIA DE LA COBA BRITO y asistido por la letrada D.ª VIVIANA JIMENEZ HERNANDEZ; en cuya causa ha sido parte, además, del citado acusado, EL MINISTERIO FISCAL, en ejercicio de la acción pública, representado por D.ª BEATRIZ SANCHEZ; siendo designado Ponente el magistrado de esta Audiencia Provincial D. MIQUEL ANGEL PARRAMON I BREGOLAT, quien expresa el parecer del Tribunal y actuando como LETRADA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA dando fe en el juicio D. CARMEN PUEBLA SOTO.

ANTECEDENTES DE HECHO





PRIMERO: Una vez recibida en esta Sección la presente causa se registró y se formó el correspondiente Rollo; y, una vez concluida la fase intermedia, se dictó auto resolviendo sobre la admisión de las pruebas propuestas por las partes y señalando día y hora para la celebración del juicio oral, que se celebró el día señalado, en fecha 25/3/2019, empezando a las 10:15 horas y finalizando a las 12:30 horas aproximadamente.

SEGUNDO: En dicho acto del juicio oral, después de practicadas las pruebas, con el resultado que obra en autos, el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales y acusó a RAYCO ELIAZER ARTILES de un delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años del artículo 183-1-4-E del CP, en relación con el artículo 74-1-3 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando para el mismo la pena de 11 años y 6 meses de prisión, accesoria de inhabilitación absoluta para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena: conforme al artículo 57 del Código Penal, la prohibición de aproximarse a _____ a su domicilio y cualquier lugar frecuentado por aquella, a una distancia inferior a 500 metros, así como comunicarse con la referida por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, conforme a lo regulado en el art. 57 de dicho texto legal, por tiempo de 10 años; así como, la medida de libertad vigilada, conforme a lo previsto en los artículos 192-1 y 3 del CP, consistente en la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares conforme al artículo 106.1 j) por un período de 7 años, así como la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior al de cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia; en cuanto a la responsabilidad civil, el acusado indemnizará a _____, en la cantidad de 6000 euros, con el interes legal incrementado en dos puntos conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC; y, costas.

TERCERO: Por su parte, la defensa del acusado RAYCO ELIAZER ARTILES elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, en las que había mostrado su disconformidad con el escritos de la acusación e interesó la libre absolución de su defendido; y, costas de oficio.

CUARTO: Después de conceder la última palabra al acusado, quedaron los autos vistos para sentencia, previa deliberación, votación y fallo.

HECHOS PROBADOS: Probado y así se declara lo siguiente:

UNICO: En el mes de junio de 2016, el procesado RAYCO ELIAZER ARTILES LEON, mayor de edad, nacido el 17/12/1986, de nacionalidad español _____ contactó a través de Instagram, con la menor _____ nacida en fecha 27/8/2003 que en ese mes contaba con 12 años de edad, a la que conocía del barrio de _____ y por frecuentar los amigos de su padre.

Tras mantener algunas conversaciones por vía whatsapp, en ese mes de junio de 2016, comenzaron a quedar, a instancia de él. Y, a sabiendas de que _____ era menor de 16 años, empezaron a mantener, desde junio o julio, relaciones sexuales con penetración vaginal completa. Seguidamente, el procesado empezó una relación sentimental con la menor _____, que mantuvieron al menos hasta finales de octubre de 2016, durante la cual mantuvieron reiteradamente contactos sexuales vía vaginal, un mínimo de 8 o 9 ocasiones, en fechas que no se pueden precisar.





Durante ese periodo, en numerosas ocasiones. la menor dejó de ir al instituto donde cursaba 1º de la ESO - de Las Palmas - y durante el horario escolar pasaba la mañana con el procesado, manteniendo relaciones sexuales con el mismo en un apartamento que RAYCO alquilaba en la

Durante las relaciones sexuales con la menor el procesado no utilizaba preservativo y en reiteradas ocasiones, sin poderse precisar cuantas, pero en cuatro como mínimo, le proporcionó la llamada "píldora del día después", para que se la tomara y así evitar un embarazo no deseado, todo ello sin prescripción médica alguna y con total indiferencia por los eventuales efectos nocivos que ello pudiera tener para la salud de la menor.

El procesado ha sido condenado por sentencia firme de fecha 12.06.2016 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria por un delito contra la seguridad vial a la pena de 90 días de privación de libertad; por sentencia firme de fecha 28.06.2013 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 6 de Las Palmas a la pena de 20 días de multa por un delito contra la seguridad vial; por sentencia firme de fecha 12.09.2008 dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas a la pena de 3 años de prisión por un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud, que le fue suspendida el 15.12.2008 por un periodo de 3 años.

El procesado se encuentra privado de libertad por esta causa desde el 14/3/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los hechos declarados probados en la presente resolución y anteriormente relatados, son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 16 años previsto en el artículo 183-1 y 3 del Código Penal, en su redacción conforme a la reforma operada por la LO 1/2015, vigente en el momento de los hechos, el cual establece que: "1. El que realizare acto de carácter sexual con un menor de dieciséis años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. 3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2."

Los elementos integrantes del subtipo cualificado de abusos sexuales del artículo 183-3º imputado al procesado son los siguientes:

- a) Un requisito objetivo, que estriba en una acción lúbrica que atente contra la libertad sexual de una víctima menor de 16 años de edad, en que el sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona, hombre o mujer.
- b) El elemento también objetivo consistente en que el ataque a la libertad sexual se realice sin emplear violencia e intimidación y consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o miembros corporales por alguna de las dos primeras vías.





c) Un elemento intencional o psicológico, representado, de un lado, según la doctrina y jurisprudencia clásica por la finalidad lasciva, aunque la exigencia de esa intencionalidad es discutida por la jurisprudencia más reciente (en tal sentido se pronuncia, por todas, la STS 853/2014, de 10 de Diciembre); y, de otro lado, por el conocimiento por el autor de que la víctima es menor de 16 años y la conciencia de su actuar antijurídico .

La acción típica ha de llevarse pues a efecto sin violencia o intimidación, ya que éste es el elemento diferenciador con el delito de "agresión sexual", previsto en el ya citado 183-2.; y, con acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, como elemento conceptual de distinción con el tipo básico previsto en el referido 183-1.

Y, respecto al elemento subjetivo, la STS n.º 433/2018, de fecha 28/9/2018 destaca que la doctrina de la Sala 2ª ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la libertad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción, subrayando la STS de fecha 22/6/2016 que *"La jurisprudencia de esta Sala no exige en este tipo de delito la exigencia de un ánimo libidinoso o lúbrico como elemento del tipo penal y tampoco lo exige el tipo penal del art. 183-1º Cpenal que pone el acento en el ataque a la indemnidad sexual de la víctima, cualquiera que fuera la intención o el móvil del agente que efectuase tal acción, y lo mismo puede decirse, en general, respecto de todos los delitos del Título VIII cuya rúbrica ya es de por sí muy significativa. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales"* .

Dicho más claramente, 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 ."

El dolo del autor se agota pues en los abusos sexuales en el conocimiento de realizar una acción con significado sexual, que en el supuesto del delito de abusos a menores de 16 años del artículo 183 del CP, en la redacción introducida por las reformas operada por la LO 5/2010 y por la LO 1/2015, debe abarcar también la edad de la víctima como elemento del tipo y la conciencia de la antijuricidad de la acción cuyo reverso sería el error de prohibición.

Luego en los tipos del artículo 183 el dolo del autor, directo o eventual, debe alcanzar al conocimiento del requisito del tipo de la edad de la menor, que la reforma de 2010 limitaba a los 13 años y la reforma del 2015 ha extendido a los 16 años, so pena de incurrir el autor en un error de tipo, vencible o invencible, del artículo 14 del CP.

SEGUNDO: En el supuesto que enjuicamos concurren todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo agravado de abusos sexuales a menores de 16 años de edad del artículo 183-3º del Código Penal, pues queda cumplidamente acreditado que el acusado mantuvo relaciones sexuales completas -con penetración vía vaginal- con la menor ESTEFANIA, siendo plenamente consciente de la edad de la misma y de la antijuricidad de su acción.

La concurrencia del elemento objetivo de las relaciones sexuales completas con penetración vía vaginal entre el procesado y la menor resulta incuestionable y no es siquiera discutida por la defensa del acusado, siendo sustancialmente coincidentes en este punto tanto el testimonio de la menor como el del propio acusado, que desde el primer momento en su declaración en la





fase de instrucción, y es ratificado en el plenario, reconoce expresamente la relación sentimental y sexual que mantuvieron.

Y, lo mismo hay que decir del elemento subjetivo del dolo del procesado que en este caso abarca tanto el pleno conocimiento de la edad de la menor cuando tuvieron lugar los hechos como la también plena consciencia de la antijuricidad de mantener relaciones sexuales con una menor de 16 años.

Todo lo cual excluye el error, tanto de tipo como de prohibición.

En el trámite de informe la defensa del acusado invoca la aplicación del error de tipo con fundamento en la declaración del procesado en el plenario, el cual negó que tuviera conocimiento que . era menor de 16 años cuando tuvieron relaciones sexuales

Respecto al error como causa de exclusión de la responsabilidad criminal, el artículo 14-1º del Código Penal establece que *“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.”*; y, el artículo 14-3º del Código Penal establece que *“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”*.

En el artículo 14 se describe en el primero de los números, el llamado error de tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos de los elementos descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia, según sea sobre los elementos esenciales del tipo (nº 1), y a su vez vencible o invencible, o sobre las circunstancias del tipo que cualifiquen o agraven (nº 2); y, en el nº 3, el error de prohibición , que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre el error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) y el error sobre una causa de justificación (error de prohibición indirecto) -STS 13/9/2007-.

Parece obvia la dificultad de determinar la existencia del error, sea de tipo o de prohibición por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada persona – STS fecha 8/3/2006 -.

En el bien entendido que tanto el dolo como el error, en cuanto se remiten al conocimiento y consentimiento del sujeto, no son objetivables de una manera directa: no son hechos físicos, son hechos psíquicos cuya acreditación lo es por vía indirecta, son de alguna manera más aprehendidos que comprobados, dada su naturaleza interna - STS de fecha 29/10/2008 -.

Como indica la STS de fecha 23/12/1998 *“cualquier clase de error que se alegue, sea de tipo, sea de prohibición, ha de efectuarse en proyección de cada caso concreto, valorando las circunstancias culturales y psicológicas del que pretenda haber obrado con error.”*.

O, como destaca la STS de fecha 10/12/1998 *“como criterios a valorar ha de atenderse tanto a la clase de infracción como a las condiciones psicológicas o culturales del agente, pues se trata de enjuiciar sobre la capacidad de conocimiento del sujeto agente.”*.

Es pues doctrina jurisprudencial reiterada – STS de 30/12/2002, por todas - que el error, como toda modificación de la responsabilidad criminal, ha de acreditarse como el hecho mismo y tal prueba compete a quien lo alega, no siendo suficiente con la simple alegación del error de tipo o de prohibición, sino que como hechos impeditivos que son, tienen que ser probados como el





hecho mismo, no bastando para ello con las subjetivas, partidistas e interesadas manifestaciones del acusado, como ocurre en el caso de autos.

No se puede pues olvidar que es doctrina jurisprudencial la que considera que para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (sentencias del TS de 20.2.98 EDJ1998/657 y de 22.3.2001 EDJ2001/1409).

El error de tipo constituye la cara opuesta del dolo, elemento esencial en todo delito doloso, que como tal ha de quedar probado, siendo la acusación quien tiene la carga de hacerlo por exigencias del derecho a la presunción de inocencia, ya que su elemento fundamental es precisamente el conocimiento de que en el obrar del autor concurren todos los elementos de hecho que configuran el delito de que se trate – STS de fecha 4/10/2006 –.

Y la Jurisprudencia de la Sala 2ª 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)

La apreciación de dicho error requiere el examen de las circunstancias que rodean los accesos carnales que se imputan a RAYCO , 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, mas recientemente, la STS nº 320/2017, de fecha 4/5/2017, también califica como error de tipo el que versa sobre la edad en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual al decir 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)"*

Por lo demás, la Jurisprudencia de la Sala 2ª pone de manifiesto 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).





Por su parte la STS nº 97/2015, de fecha 24/2/2015, en relación al delito de abuso de menores de 13 años del artículo 183 del CP en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015 destaca que: *"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)".

Y, dicha sentencia recuerda que en todo caso debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad no siendo suficiente la mera alegación. En la misma línea, debe recordarse que el error de tipo "no ha de considerarse necesariamente como cierto por el solo hecho de su invocación" (SSTS nº 533/2010, de 25 de marzo y 145/2011, de 21 de febrero, entre otras). Se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado. Su apreciación depende, en cada caso, de que los datos objetivos y materiales probados permitan inferir la existencia del error como conclusión razonable.

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, considera la Sala que no ha quedado debidamente probada, sino todo lo contrario, esa falta de consciencia del procesado que constituye premisa indeclinable para la aplicación del error – de tipo -relacionado con el conocimiento de la edad de la menor.

La defensa del procesado en base al testimonio del mismo, en el plenario, negó que el acusado supiera que _____ era menor de 16 años cuando mantuvieron las relaciones sexuales reconocidas, alegando que ella no se lo dijo y que él no tenía posibilidad de saberlo.

Pero, por mucho que el acusado manifestara en el juicio desconocer que la menor tenía menos de 16 años, ello viene incontestablemente evidenciado de las siguientes inferencias:

En primer lugar, por el dato objetivo de la diferencia de edad entre la que realmente tenía _____ durante el periodo de las relaciones sexuales – entre 12 y 13 años – y el límite legal de atipicidad – 16 años-. Resulta evidente y así lo confirma la experiencia que de los 13 a los 16 años hay un salto físico y anímico tan sustancial que es fácilmente perceptible, salvo excepciones, que nada indica que se den en este caso.





En segundo lugar, porque resulta increíble y atenta contra el sentido común, que es el más común de los sentidos, que en el curso de una relación no sólo sexual, sino también sentimental y amorosa, entre dos personas, que se prolonga en el tiempo durante varios meses -11 según el propio acusado -, una de las partes, el procesado en este caso, ignore por completo, no ya la edad exacta de su pareja, sino que incluso desconozca que ésta es, efectivamente, menor de 16 años.

En tercer lugar, porque aunque en el acto del juicio, manifestara que RAYCO no sabía su edad, ello hay que entenderlo como una muestra respetable de afán exculpatario propia de quién mantuvo con el acusado, y no se descarta que aún mantenga, una relación sentimental mutuamente consentida. Y, viene, además prudentemente desmentido por su declaración en la policía y en su exploración judicial en la fase de instrucción, muchos más verosímiles a nuestro entender, donde reconoce abiertamente y con toda claridad que sí que lo sabía. Lo que nos parece, además, de una lógica aplastante.

En cuarto lugar, porque así se infiere de la declaración prestada en el plenario por la madre de E..., la cual se ratifica sus declaraciones anteriores ante la policía y el juzgado de instrucción y manifiesta que, con anterioridad a la denuncia, habló con el procesado por teléfono y le dijo que su hija era menor, pese a lo cual, continuaron posteriormente manteniendo relaciones sexuales. Al respecto hay que decir que nos parece intrascendente, a los efectos que aquí interesa, si la madre de la menor le dijo al acusado la edad exacta de o sólo si era menor, pues en uno y otro caso ello presupone que el procesado, que reconoce la comunicación, no puede continuar sosteniendo una eventual ignorancia del todo punto inexcusable.

En quinto lugar porque, como declararon en el plenario tanto la propio menor como sus padres, ella y el procesado se conocían de vista del barrio, de toda la vida, con lo que el procesado tenía que ser necesariamente consciente de la edad, cuanto menos aproximada, de, año arriba, año abajo, con lo que la apreciación de la diferencia de edad deviene ineludible.

Y, en sexto lugar, porque con independencia de que la menor pueda aparentar más edad de la real, como sostiene la defensa y reconoce su propia madre en el juicio, ello no puede, bajo ningún concepto, justificar un desconocimiento de la edad verdadera de la entidad que declara el procesado y alega su defensa. Nos explicamos. La experiencia enseña que el aspecto - físico y de madurez - de un/a adolescente puede llevar, ciertamente, a equívocos sobre su edad. Eso, no lo discutimos. Pero, difícilmente puede provocar errores de la entidad del invocado. Sobre todo si, como es el caso, gracias a la intermediación hemos podido comprobar de "motu proprio" como la apariencia de la menor se corresponde, en la actualidad, con la de una persona de su edad. Y, visualizando la grabación de la exploración de en la fase de instrucción también se puede constatar, igualmente, la misma coincidencia con su edad real en una fecha suficientemente próxima a la de los hechos imputados como para permitir su equiparación, de suerte que no hay margen de equívoco razonable para interpretar que una menor de su aspecto pueda ser mayor de 16 años.

Tenemos pues, en suma, motivos fundados para afirmar, con toda seguridad, la suficiencia cognitiva del acusado respecto de la edad de la menor cuando mantuvieron relaciones sexuales -12/13 años, siempre menos de 16 años-, con lo que la ignorancia que la defensa alega, en base sólo a su propio e interesado testimonio y al de la propia menor en el plenario, con lógico afán exculpatario de su pareja sentimental, no puede prosperar,





desestimando en definitiva la aplicación del error de tipo interesado y apreciando la concurrencia del dolo imputado por la Acusación Pública.

TERCERO: De otra lado, también es de aplicación al caso enjuiciado el subtipo agravado interesado por el Ministerio Fiscal, previsto por el apartado E) del artículo 183-4 del CP, en su redacción dada por la reforma operada por la LO 1/2015, a tenor del cual se impondrá la pena en su mitad superior cuando el culpable hubiera puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima.

El subtipo cualificado mencionado se configura, a nuestro entender, como un tipo de peligro abstracto y no concreto que, como tal no requiere expresamente la efectiva situación o puesta en peligro del bien jurídico protegido, sino que el fundamento de su castigo, agravación en este caso, es que normalmente la conducta supone un peligro, con lo que basta, por lo tanto, con la peligrosidad de la conducta, porque lo que se castiga es una acción típicamente peligrosa definida "ex ante".

Y, ese peligro potencial para el bien jurídico protegido, la salud en este caso, se aprecia en este caso, en que de la prueba practicada se desprende que el procesado no utilizaba preservativo en sus relaciones sexuales con la menor sino que le proporcionaba la llamada "píldora del día después", para que se la tomara y así evitar un embarazo no deseado, todo ello sin prescripción médica alguna y con total indiferencia por los eventuales efectos nocivos que ello pudiera tener para la salud de la menor.

Así se infiere del testimonio de la propia menor, que en el plenario manifestó que fueron 4 veces las que tomó la píldora en cuestión, de las cuales una vez la compró ella y las otras tres veces se la dio el acusado.

Y, aunque en el acto del juicio, el acusado nada declaró al respecto, pues no fue preguntado sobre ello y se acogió a su derecho a sólo contestar al interrogatorio de la defensa, lo cierto es que en su declaración en la fase de instrucción, ante el juez de instrucción, asistido de letrado y con todas las garantías, expresamente reconoció que las tomó 10 o 12 veces y que sabía perfectamente que ello era malo.

Sentado lo anterior es nuestro parecer que la conducta del procesado subentra plenamente en el subtipo cualificado mencionado, que es de peligro de abstracto, habida cuenta que del informe forense obrante en autos a los folios 205 y 206, ratificado en el plenario por los peritos que lo suscriben – D.^a MARIA SOLEDAD HEREDIA OLMOS y D. JAVIER TAPIA CHINCHON- se desprende que la llamada "píldora del día después" es un medicamento y como tal puede producir efectos adversos aunque no todas las personas los sufran, destacando como muy frecuentes (que pueden afectar a más de 1 de cada 100 personas) los de náuseas, sangrado irregular, dolor en la parte baja del abdomen, cansancio y dolor de cabeza; y, como frecuentes (que pueden afectar hasta 1 de cada 10 personas) los de vómitos, diarrea y sangrado irregular.

Se trata de un anticonceptivo de emergencia oral para prevenir el embarazo después de mantener relaciones sexuales sin protección.

Según la literatura médica consultada es criterio pacífico que, como tiene una dosis hormonal muy alta, sólo deberse usarse como método de emergencia y no de forma regular, siendo lo recomendable no exceder de 2-3 veces máximo al año y nunca en un mismo ciclo,





destacando el informe forense que, aunque no hay estudios definitivos al respecto, el consumo excesivo puede causar a largo plazo hemorragias en el ciclo menstrual y hasta anemia.

Luego, por mucho que sea un medicamento que se pueda adquirir sin receta y que no hayan concretos estudios de los posibles efectos adversos de su uso continuado ni de la especial incidencia de la edad de la consumidora, los forenses insisten en que provoca disregulación hormonal y que no se debe utilizar nunca de forma habitual, sino sólo y exclusivamente en caso de emergencia, concluyendo que puede generar daños innecesarios en la salud de la menor.

Y, también convienen los facultativos que las prevenciones généricas que la utilización de la píldora del día después plantea como medicamento, hormonal y continuado, se incrementan si su uso, en esas circunstancias, lo es además, por una menor de 12-13 años.

Llegados a este punto, se estima que el suministro continuado por el acusado de dicho medicamento a la menor de 12-13 años como método anticonceptivo habitual de las relaciones sexuales mantenidas con la misma supone un peligro innecesario y gratuito para la salud de ésta.

Concurren pues los elementos -objetivo y subjetivo - que el tipo cualificado exige, de un lado, el riesgo o peligro, aunque sea indeterminado, para la salud de la menor que implicaba el uso, o mejor dicho abuso, del medicamento suministrado por el acusado a la menor como medio anticonceptivo habitual; y, de otro lado, el conocimiento o dolo del acusado de esa posible afectación, representado por el "sabía que era malo", mostrando una total indiferencia al respecto, con lo que se aprecia cuanto menos dolo eventual en un subtipo que abarca también la culpa grave.

Se entiende que, por todo ello, la conducta del acusado merece el mayor reproche criminal que la agravación supone.

CUARTO: De otro lado, por la Acusación Pública se solicita también la aplicación de la figura del delito continuado y, en beneficio del reo así lo estimamos a la vista de la doctrina plasmada en la STS num. 626/2005, de 13 de mayo, que se expresa en los siguientes términos: "El art. 74 del Código Penal EDL1995/16398, tras definir el delito continuado en su apartado 1, dice en el apartado 3 que «quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual»; precisando que, «en tales casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva». Sobre la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva en este tipo de delitos, la jurisprudencia de esta Sala no ha sido lo suficientemente clara y pacífica que sería de desear (véase la sentencia 578/2004, de 26 de abril), lo que no es óbice para destacar las siguientes directrices fundamentales: A) En principio, debe partirse de que el delito de violación no admite la posibilidad de estimar la continuidad delictiva. Cada agresión constituye una ofensa personal y merece la imposición de una pena individualizada (v. SSTS de 27 de marzo de 1987, 4 de octubre de 1993 y de 22 de septiembre de 1995). B) Ello no obstante, en un segundo momento de la evolución de la doctrina jurisprudencial, se ha apreciado lo que se ha denominado unidad natural de acción en aquellos casos en los que, de hecho, se han producido varias agresiones, pero en el marco de una misma ocasión, con análogas circunstancias de tiempo y lugar, y bajo la misma situación de fuerza o intimidación (supuestos de «iteración inmediata», en la que todos los actos





responden al mismo impulso libidinoso), apreciando la comisión de un único delito, con la lógica posibilidad de individualización de la pena en atención a la gravedad del hecho (v. SSTS de 10 de diciembre de 1986 y 16 de diciembre de 1991). Y, C) finalmente, existe también una línea jurisprudencial más matizada que, sin desconocer el carácter excepcional que en cualquier caso cabe reconocer en este tipo de infracciones penales a la continuidad delictiva, la admite en aquellos supuestos en que exista una relación sexual duradera, que obedezca a un dolo único o suponga el aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando al mismo sujeto pasivo; concurriendo la homogeneidad de los hechos con la imposibilidad (en algunos supuestos) de concretar las ocasiones en que los mismos se cometieron (v. SSTS de 29 de febrero y 25 de mayo de 1998 y de 26 de enero de 1999); es decir, en supuestos en los que «se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo» (v. STS de 10 de julio de 2002 y la en ella citadas".

Luego, La continuidad delictiva regulada en el artículo 74.3 CP exige que afecte la pluralidad de hechos al mismo sujeto pasivo y se tenga en cuenta la naturaleza del hecho y el precepto infringido.

En los delitos de agresión o abuso sexual continuados, la jurisprudencia admite la aplicación de esta figura sólo ante una homogeneidad de actos que respondan a un único plan del autor, presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes. La praxis doctrinal exige el establecimiento de una relación sexual duradera en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando a un mismo sujeto pasivo (STS 11/12/2006).

La ya clásica STS de fecha 24/4/2004 exige como requisitos del delito continuado los siguientes: a) pluralidad de hechos diferenciados no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; b) concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebrada y da unión a la pluralidad de acciones comisivas de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los mismos; c) realización de las diversas acciones en unas coordinadas témporo-espaciales próximas, indicador de su falta de autonomía; d) unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas; e) unidad de sujeto activo; y, f) homogeneidad en el "modus operandi" por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines."

Vemos pues que superada ya la discusión sobre el delito continuado era aplicable a los delitos sexuales la Sala 2ª tiene declarado (Cfr. Sentencia 275/2001, de 23 de febrero) que la excepción a la excepción, es decir, la posibilidad de aplicar el delito continuado a los delitos contra la libertad sexual se ha mantenido respecto a aquellos reiterados ataques contra el mismo sujeto pasivo realizados en un mismo marco temporal y especial, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, y ello se puede afirmar en el supuesto que examinamos, aunque haya mediado una separación temporal, ya que las agresiones constituyen un proceso o desarrollo con una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva, sin que pueda decirse que están completamente desconectadas las unas de las otras.





Y en parecidos términos se expresa la STS N.º 609/2013, de fecha 10/7/2013 , en la que se declara que que en este tipo de conductas que responden a un mismo plan, aprovechan idéntica ocasión, ofenden a la misma víctima e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza (arts. 178 , 179 y 180 CP) resulta procedente aplicar el delito continuado conforme a lo prevenido por el art 74 1 º y 3º del Código Penal vigente. Se añade en esta Sentencia que en su evolución jurisprudencial esta Sala considera aplicable el delito continuado en supuestos de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo, (SSTS 11 de octubre y 26 de diciembre de 1996 ; de 15 de marzo de 1996 , 30 de julio de 1996 , 8 de julio de 1997 y 12 de enero , 16 de febrero , 22 de abril y 6 de octubre de 1998 , 9 de junio de 2000 y STS núm. 1002/2001, de 30 de mayo), situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo, (STS núm. 1730/2001, de 2 de octubre).

Y esta doctrina jurisprudencial es perfectamente aplicable a la conducta del acusado que mantuvo, de modo prolongado en el tiempo, una homogeneidad de actos sexuales que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo -la men - en circunstancias semejantes.

En el supuesto que nos ocupa se dan pues todos los requisitos del delito continuado exigidos por la doctrina jurisprudencial mencionada, siendo de aplicación por tanto el artículo 74-1 del Código Penal, lo que no ha sido, por lo demás, ni siquiera discutido por la defensa del procesado.

QUINTO: En cuanto a la individualización de la pena procede imponer al procesado la pena de 11 años y 1 mes de prisión que, dentro del marco legalmente previsto por las agravaciones propias del subtipo cualificado del peligro para la salud de la víctima y de la continuidad delictiva, se estima en definitiva ajustada a derecho .

Así, la pena prevista para el delito de abuso sexual con acceso carnal vaginal es de 8 a 12 años de prisión conforme al artículo 183-3 del CP; en este caso, procede imponer aquella en su mitad superior, de 10 años y 1 día a 12 años, al concurrir la circunstancia prevista en el artículo 183-4-E; y, por la continuidad delictiva el marco legal, la pena se impondrá en la mitad superior hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, con lo que el marco legal finalmente va de 11 años y 1 día a 14 años y 6 meses .

La pena finalmente impuesta al procesado, de 11 años y 1 mes de prisión, dentro de la mitad inferior y muy próxima al mínimo legal de la imponible, se considera adecuadamente proporcionada al enérgico juicio de reproche que a nuestro entender merece la conducta del procesado atendida la gravedad de los hechos y su incidencia sobre el bien jurídico protegido, a todo lo cual ya hemos hecho anterior referencia y las circunstancias personales del autor.





Y, también se impone la accesoria de inhabilitación absoluta para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; la prohibición de aproximarse a _____, a su domicilio y cualquier lugar frecuentado por aquella, a una distancia inferior a 500 metros, así como comunicarse con la referida por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, conforme a lo regulado en el art. 57 de dicho texto legal, por tiempo de 10 años; y, la medida de libertad vigilada, conforme a lo previsto en los artículos 192-1 y 3 del CP, consistente en la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares conforme al artículo 106.1 j) por un período de 7 años, así como la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior al de cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia.

SEXTO: Y, pasando a la responsabilidad civil derivada del delito, prevista por el artículo 109 del Código Penal, procede condenar al acusado a que indemnice a la perjudicada _____ en la cantidad de 6.000 euros, interesada por la Acusación Pública en concepto de indemnización por los daños morales causados a la misma.

Sobre el particular de la cuantificación del daño moral sufrido por la víctima en los delitos sexuales la STS de fecha 4/3/2013 admite una referencia genérica sin que sea necesaria una mayor concreción difícilmente explicable salvo desde un punto de vista retórico al decir que "*Al enfrentarse a la tarea de cuantificar una indemnización por daños morales que, por cierto, viene impuesta no solo por el genérico art. 113 CP EDL1995/16398, sino también de forma específica para estas infracciones por el art. 193 CP EDL1995/16398, considera adecuada la cantidad de 12.000 euros que reclamaba la acusación pública.*

La Sala explica que ha tenido en cuenta que el daño psíquico inherente a todo abuso sexual se ve incrementado por la edad ("adolescente de la víctima que ha requerido terapia especializada para superar las consecuencias del hecho").

Tachar de inmotivada esa decisión no es ni razonable ni atendible. Es motivación sobrada y lo que está falto de motivación es el reproche que dirige el recurrente en este punto a la sentencia EDJ2012/194886. No pueden exigirse en esta materia ecuaciones exactas. Es tan notorio que mantener relaciones sexuales de esa forma impuesta con una adolescente le ocasiona un negativo impacto psíquico que verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad del lector de la sentencia. Esas consecuencias negativas, además, han sido resaltadas a través de la prueba practicada en el juicio y las declaraciones de familiares de la menor. Precisamente por esa evidencia puede bastar con la genérica referencia a los daños morales causados. Resulta innecesario detenerse a considerar por qué ese tipo de hechos ocasionan perjuicios morales en una persona y por qué es ineludible cuantificarlos en una cifra que sea algo más que un símbolo, máxime cuando, como en este supuesto, la mitigación de esas secuelas psíquicas ha precisado de tratamiento especializado. Es claro que la traducción pecuniaria de esos perjuicios no es fácil como afirma la Audiencia al abordar esta cuestión (fundamento de derecho octavo) y ha de guiarse por valoraciones estimativas en las que no pueden introducirse absurdos criterios aritméticos. Sobre esta materia la STS 1534/1998 de 11 de diciembre EDJ1998/27048, ante una alegación similar, expresa lo que, por otra parte, es obvio: "El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del





mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos". El art. 193 CP EDL1995/16398 presupone la existencia de esos perjuicios en este tipo de delitos. Su cuantificación no es posible más allá de unas referencias genéricas a cuyo fin son más que suficientes las vertidas en el fundamento de derecho octavo de la sentencia que se entretiene precisamente en consignar esas dificultades. Tratar de razonar que la cantidad debiera haber sido mayor o menor es tarea inútil y condenada al fracaso. Seguramente todo monto pecuniario será escaso, pero apareciendo como ponderada y ajustada a los márgenes habituales la cifra establecida por el Tribunal a quo no es posible ni su revisión en casación, ni exigir -por imposible- una mayor motivación que además sería puramente retórica, pero no sustancial."

En el caso de autos, considera la Sala que la existencia del daño moral no admite mayor controversia, puesto que atendida la corta edad de la menor cuando sucedieron los hechos el perjuicio viene implícito al hecho en si y a la experiencia traumática que supone de suyo para la perjudicada, de suerte que teniendo en cuenta todo ello el impacto negativo sobre la víctima es innegable y en atención a todas esas circunstancias cabe establecer la indemnización a su favor.

Lo que, además, viene prudentemente confirmado por las conclusiones del informe psicológico forense obrante a los folios 266 a 243 de autos, evacuado por las psicólogas forenses D.^a MARIA NIEVES GONZALEZ SUAREZ y D.^a CLAUDIA CABRERA GONZALEZ, a tenor del cual la vivencia generada en la menor como consecuencia de la relación afectiva mantenida con el acusado ha desarrollado en la misma, en esta etapa evolutiva, cambios cognitivos y emocionales que han supuesto una alteración en su normal desarrollo psicoafectivo. Y, aunque dicho dictamen no fue, ciertamente, ratificado en el plenario por las peritos que lo emiten, se concede relevancia al mismo al no haber sido impugnado por ninguna de las partes.

Por todo ello, la cantidad económica solicitada por la Acusación Pública se considera procedente, y mas que benignamente ajustada para el acusado, a los perjuicios sufridos por la víctima, dentro de la dificultad que implica cuantificar un concepto tan etéreo y complicado como es el daño moral.

SEPTIMO: Las costas se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de un delito en la forma que se establece en los artículos 123 y siguientes del Código Penal y de acuerdo con lo establecido en el art. 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española.

FALLO

Que debemos **condenar** y condenamos al **ACUSADO D. RAYCO ELIAZER ARTILES** como autor responsable de un **DELITO CONTINUADO DE ABUSO SEXUAL A MENOR DE 16 AÑOS** del artículo 183-1-4-E en relación con el artículo 74-1-3 del CP del CP, sin la concurrencia de la circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **11 AÑOS y 1 MES**





DE PRISION, del artículo 183-1-4-E del CP, en relación con el artículo 74-1-3 del CP; con la accesoria de inhabilitación absoluta para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; la prohibición de aproximarse a _____, a su domicilio y cualquier lugar frecuentado por aquella, a una distancia inferior a 500 metros, así como comunicarse con la referida por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, conforme a lo regulado en el art. 57 de dicho texto legal, por tiempo de 10 años; la medida de libertad vigilada, conforme a lo previsto en los artículos 192-1 y 3 del CP, consistente en la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares conforme al artículo 106.1 j) por un período de 7 años, así como la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior al de cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia.

El acusado indemnizará a _____ en la cantidad de 6.000 euros, con el interés legal incrementado en dos puntos, conforme a lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC.

Con expresa condena al acusado en las costas causadas.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que le imponemos, se ha de abonar todo el tiempo que ha estado privado de ella por esta causa.

Contra la presente resolución cabe recurso de apelación a resolver por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, a interponer ante esta Sala en el plazo de 10 días, de conformidad con lo establecido en los artículos 846 Ter, 790,791 y 792 de la LECR.

Así, por nuestra Sentencia definitivamente juzgando en la instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

