

RESUMEN

PRESUNCION DE INOCENCIA:

Informes periciales: existencia de prueba: informes emitidos en sumario por un solo perito, acudiendo todos los peritos al juicio oral donde informaron de forma colegiada. ABUSOS SEXUALES: Víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, y en todo caso, cuando sea menor de 13 años: inexistencia: la edad de ser menor de 13 años se tomó en consideración para apreciar los abusos como no consentidos; Delito continuado: inexistencia: un sólo contacto sexual del acusado con menor, sin que pueda ser considerado como abuso el hecho de inducir el acusado a menores para que masturbasen uno a otro; existencia: penetración anal y bucal a menor estando individualizadas las ocasiones en que tuvieron lugar; Responsabilidad civil: indemnización de perjuicios morales: a menores por el daño psicológico causado y por la perturbación producida en el normal desarrollo de su personalidad. CORRUPCION DE MENORES: Utilizar menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar material pornográfico o financiar estas actividades: la imagen de un desnudo no constituye objetivamente material pornográfico; inexistencia: fotografiar a menores desnudos sin utilizar lo fotografiado como material pornográfico

En la Villa de Madrid, a veinte de octubre de dos mil tres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Benidorm incoó Sumario con el núm.3/01 en el que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, tras celebrar juicio oral y público, dictó Sentencia el 11 de noviembre de 2002 , que contenía el siguiente fallo:

«Que debemos condenar y condenamos al procesado en esta causa Alfonso como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual del art. 182-1, 2 en relación con el art. 181-1, 2 y 74 del Código Penal , en la persona de Gerardo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Que debemos condenar y condenamos al procesado en esta causa Alfonso, como autor responsable de un delito continuado de corrupción de menores, en la persona de Gerardo, del art. 189-1-a) y 74 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Que debemos condenar y condenamos al procesado en esta causa Alfonso, como autor responsable de un delito de corrupción de menores, en la persona de Juan Pablo, del art. 189-1-a) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Que debemos condenar y condenamos al procesado en esta causa Alfonso, como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual, en la persona de César, del art. 181-1, 2, 4 en relación con los arts. 180-1, 3ª y 74 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Que debemos condenar y condenamos al procesado en esta causa Alfonso, como autor responsable de un delito de corrupción de menores, en la persona de César, del art. 189-1-a) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Que debemos condenar y condenamos al procesado en esta causa Alfonso, como autor responsable de un delito de abuso sexual, en la persona de Jon, del art. 181-1, 2, 4 en relación con los arts. 180-1, 3ª del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Que debemos condenar y condenamos al procesado en esta causa Alfonso, como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual, en la persona de Valentín, del art. 182-1, 2 del art. 181, 1, 2 en relación con el art. 74 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal .Que debemos condenar y condenamos al procesado en esta causa Alfonso, como autor responsable de un delito de corrupción de menores, en la persona de Valentín, del art. 189-1-a) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Que debemos absolver y absolvemos al procesado en esta causa, Alfonso del delito de abuso sexual de los artículos 181-1, 3, 4 y 180-1, 3ª del Código Penal.

SEGUNDO.-

En la citada Sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«A') El procesado, Alfonso, mayor de edad (nacido el 21-11-1945) y sin antecedentes penales, profesor

del "Centro de Buceo Mediterráneo", sito en la calle Sardinal nº 4, local 8 de Altea (Alicante) conocía al menor Gerardo (nacido el 23-2-89) desde hacía varios años, por jugar al lado del centro de buceo y desde el año 1999, por lo tanto, cuando el niño contaba 10 años de edad, hasta el mes de febrero de 2001, en que se denunciaron los hechos, en reiteradas ocasiones, bien en su casa sita en la Partida Sogai nº NUM 000 de Altea, en el Centro de Buceo o en su furgoneta, que tenía acondicionada para tal menester mediante la colocación de un colchón en la parte trasera y cortinas en las ventanas, realizó tocamientos sexuales al mismo, llegando a penetrarle analmente y a realizarse felaciones mutuas al menos en tres o cuatro ocasiones. El menor accedió a la realización de dichos actos a cambio de pequeñas cantidades de dinero y otro tipo de regalos como llevarlo a la feria o invitarle a comer en una hamburguesería.

A") Además le pidió que le buscara otros niños para hacerles fotos desnudos y tocarlos, accediendo Gerardo, llevándole compañeros de colegio con la excusa de ver el club de buceo, de bucear o de otro tipo. Igualmente Alfonso convenció a Gerardo para que se dejara fotografiar desnudo solo o con aquéllos, a lo que accedió el menor y recibió a cambio pequeños regalos o cantidades de dinero.

B) Y así, en octubre del año 2000, cuando Juan Pablo, nacido el 31-7-90, tenía 10 años, Gerardo le convenció para que le acompañara al campo con su tío, que resultó ser el procesado, quien subió a ambos menores a la furgoneta de su propiedad, Ford Transit, matrícula K-...-KR, de color gris y se dirigió al campo, fuera de la población, donde dijo a los menores que se bajaran los pantalones y calzoncillos y les hizo fotos desnudos, permaneciendo en el lugar durante una media hora.

C) Después del verano del 2000 el procesado recogió a la salida del colegio a Gerardo y a su compañero, César, nacido el 8-11-89, por tanto cuando contaba, 11 años de edad y los llevó al centro de buceo donde, tras cerrar la puerta, les dijo que se masturbaran unos a otros, cosa que hicieron. Días más tarde, en casa del procesado, Alfonso chupó el pene de César y de Gerardo y accediendo este último a chupar el miembro de Alfonso. Alfonso en otra ocasión requirió a César y a Gerardo para que se desnudaran grabándoles desnudos con la cámara digital, cuya imágenes borraba después. La última vez que ocurrieron los hechos referidos en este apartado fue a primeros de enero de 2001.

D) Jon, nacido el 15-8-90, cuando tenía 9 años, en mayo del año 2000, se ausentó del comedor escolar en unión de Gerardo, quien le dijo que iban a ver a un amigo donde bucearían, dirigiéndose al centro de buceo, y una vez allí, el procesado cerró la puerta con llave y con la excusa de ponerle un traje de buceo al menor Jon, le embadurnó todo el cuerpo con aceite o crema, a la vez que le tocaba el pene y el ano durante unos minutos, echándole la sustancia lubricante también en estas partes y después de que se duchasen los llevó de nuevo al colegio.

E) En verano de 2000, cuando Jesús tenía 13 años, al haber nacido el 23 de mayo de 1987, Gerardo le presentó al procesado con la excusa de bucear y un día de ese verano Alfonso y le preguntó si le chuparía el pene o realizaría actos de tipo sexual por dinero contestándole Jesús que no. Con posterioridad el procesado llevó a Jesús y a Gerardo a su domicilio diciéndoles que subieran al dormitorio sito en la planta alta, donde se desnudaron realizando el procesado frotamientos con su pene a Jesús entre las piernas e intentando chupar el del menor, negándose éste y eyaculando el procesado encima de Gerardo, y entregando 1000 ptas. a Jesús. En otra ocasión, cuando se encontraban en la furgoneta, el procesado le realizó proposiciones sexuales a Jesús, quien se negó.

F) A mediados de febrero de 2001, cuando Valentín, nacido el 6 de febrero de 1990, tenía 11 años de edad, e iba por la calle con Gerardo, el procesado les llamó y les subió a su furgoneta para llevarles al centro de buceo y una vez allí les enseñó el material y dio explicaciones diciendo que iba a enseñar a Valentín a bucear gratis por se amigo de Gerardo. Días más tarde, el procesado llevó a ambos menores a su casa, donde les hizo fotos desnudos. Otro día, concretamente el 18 de febrero de ese año, en casa del procesado, le dijo a Valentín y a Gerardo que fueran a la cama que tenían que chuparle el pene, cosa que hicieron poniéndose el procesado un preservativo. Una semana más tarde, el 26 de febrero por la mañana, ambos menores, Valentín y Gerardo, fueron al centro de buceo y después a la casa del procesado, quien en la cama penetró analmente y sin preservativo a Valentín, eyaculando dentro, mientras Gerardo miraba, dándoles después 400 pta. al primero y 100 ó 200 pta. al segundo».

TERCERO.-

Notificada la Sentencia a las partes, la representación procesal del procesado anunció su propósito de interponer recurso de casación .

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

TERCERO.-

Los motivos de casación tercero, cuarto, sexto y noveno, todos ellos amparados en el art. 849-1º LECrim , en los que se denuncia la indebida aplicación del art. 189-1 a) CP a determinados actos, distintos de los abusos sexuales, realizados por el acusado con los menores Gerardo, Juan Pablo, César y Valentín respectivamente, deben ser estimados. En el mencionado artículo se castiga como delito de corrupción de menores, entre otras conductas, la que consiste en utilizar a menores de edad para elaborar material pornográfico y es en este tipo donde han sido subsumidas las acciones del acusado en que fotografió desnudos a los citados menores. La imagen de un desnudo -sea menor o adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y que no consta cuál fuese en la ocasión de autos, aunque sí se dice, por cierto, que algunas grabaciones de niños desnudos en cámara digital fueron borradas después por el propio acusado. En el segundo fundamento jurídico de la Sentencia recurrida se alude a la toma fotográfica de unas actitudes obscenas de Gerardo y al propósito del acusado de mostrar las fotografías a los mismos niños y a otros, pero ni aquellas actitudes aparecen concretadas en la declaración de hechos probados ni la intención que se supone en el acusado llegó a materializarse en exhibición alguna. No se trata, pues, de hechos que puedan ser caracterizados como elaboración de material pornográfico por lo que debemos declarar la indebida aplicación del art. 189-1-a) CP estimando los motivos tercero, cuarto, sexto y noveno del recurso.

QUINTO .-

En el séptimo motivo de casación, igualmente residenciado en el art. 849-1º LECrim , se denuncia como indebida la aplicación del art. 181-1, 2 y 4, en relación con el art. 180-1-3ª, ambos del CP, que se hace en la Sentencia de instancia a los hechos, relatados en el apartado D) de la declaración probada, cometidos por el acusado con el menor Jon. También este motivo del recurso debe ser parcialmente estimado. No podría serlo, por supuesto, en razón de lo alegado por la parte recurrente atribuyendo un error al Tribunal de instancia en la afirmación de que el menor tenía nueve años cuando los hechos ocurrieron. Tal afirmación forma parte de una declaración de hechos probados que, no habiendo sido combatida por una vía procesal idónea, debe ser absolutamente respetada y de ningún modo contradicha. Tampoco podría ser estimado este motivo del recurso sobre la pretendida base de que carecía de sentido o intencionalidad lúbrica -y no constituyó, en consecuencia, un atentado a la libertad sexual- la acción que el acusado realizó sobre el cuerpo del menor Jon; aunque el acusado tocase todo el cuerpo del niño con la excusa de embadurnarle con crema antes de ponerle un traje de buceo, el hecho de que se detuviese innecesariamente unos minutos en los tocamientos del pene y del ano tuvo un inequívoco sentido erótico y supuso un abuso de la incapacidad del menor para defender la intimidad de su cuerpo en dichas zonas. Sí debe ser declarado, en cambio, indebidamente aplicado el apartado 4 del art. 181 en relación con la circunstancia 3ª del art. 180-1, ambos del CP, por la misma razón que lo hemos hecho en el fundamento jurídico anterior a propósito del abuso sexual de que fue víctima el menor allí referido.

La edad de Jon no puede ser ponderada, al mismo tiempo, para que los tocamientos eróticos del acusado sean conceptuados como no consentidos y para que dicha conducta resulte especialmente agravada, porque esa doble ponderación se encuentra claramente en contradicción con el principio «non bis in idem».

Y, por otra parte, el hecho de que el acusado aprovechase, para llevar a cabo su reprobable acción, la supuesta necesidad de poner crema en el cuerpo del niño -lo que, en esos momento, lo ponía enteramente a su merced- constituye sin duda el abuso de una determinada situación pero no distinto del que es inherente al delito llamado precisamente abuso sexual. Por ello, y sin perjuicio de rechazar que haya sido aplicado indebidamente al hecho probado significado en el «factum» con la letra D) el art. 181-1 y 2 CP, estimamos que sí le ha sido indebidamente aplicado el art. 181-4 en relación con la circunstancia 3ª del art. 180-1 del mismo Cuerpo legal, lo que comporta la estimación parcial del séptimo motivo del recurso.

FALLO

Que debemos estimar parcialmente y estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Alfonso contra la Sentencia dictada, el 11 de noviembre de 2002 , por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, en el Sumario núm. 3/01 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Benidorm, en que fue condenado, como autor responsable de cuatro delitos, todos ellos continuados, de abusos sexuales y de cuatro delitos de corrupción de menores, y en su virtud, casamos y anulamos parcialmente la expresada Sentencia.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Alfonso, como autor criminalmente responsable de dos delitos continuados de abusos sexuales con acceso carnal, a dos penas de siete años de prisión, y como autor de dos delitos de abusos sexuales sin acceso carnal, a dos penas de un año y seis meses de prisión, y debemos absolverlo y lo absolvemos de los delitos de corrupción de menores de que se le acusó y por los que fue condenado en la Sentencia de instancia, manteniéndose el resto de los pronunciamientos contenidos en dicha Sentencia.