



Roj: **SAP IB 394/2017 - ECLI: ES:APIB:2017:394**

Id Cendoj: **07040370012017100100**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2017**

Nº de Recurso: **53/2016**

Nº de Resolución: **18/2017**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **ROCIO NOBELDA MARTIN HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA

SECCIÓN PRIMERA

Rollo: PO 53/2016

Proc. Origen: SUMARIO (PROC.ORDINARIO)1/2016

Órgano Procedencia: JDO. INSTRUCCION Nº 4 DE PALMA.

SENTENCIA Num. 18/ 2017

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

DON JAIME TARTALO HERNANDEZ

DOÑA ROCIO MARTIN HERNANDEZ

DOÑA LAIA PIÑOL JOVE

En PALMA DE MALLORCA, a 17 de Marzo de 2017.

Visto por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial la causa instruida con el número SUMARIO 1/2016 procedente del Juzgado de Instrucción número 4 de Palma y seguida por el trámite de Procedimiento Ordinario, **Rollo nº 53/2016** por **DELITO CONTINUADO DE AGRESION SEXUAL, DELITO CONTINUADO DE EXHIBICION DE MATERIAL PORNOGRAFICO A MENORES Y DELITO CONTINUADO DE EXHIBICION Y DIFUSION DE PORNOGRAFIA INFANTIL** seguido contra **Jon**, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM000 de 1974 en Jena(Alemania), con NIE NUM001, con domicilio en CALLE000 nº NUM002 - DIRECCION000 (DIRECCION001) de Palma, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, privado de libertad por esta causa desde el 11 de Febrero de 2016, representado por Procurador D. Santiago Carrión Ferrer y defendido por el Letrado D. Emilio Morales Avellaneda; el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación pública, representado por la Ilma. Sra. Dña. Marta Carreras Barrueco. Ha sido Magistrada Ponente, que expresa el parecer unánime de este Tribunal, la Ilma. Sra. Doña ROCIO MARTIN HERNANDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento fue incoado en virtud de Oficio de la Policía Nacional, Unidad UFAM, con referencia 84/2016, de fecha 5.2.2016, por hechos presuntamente constitutivos de agresión sexual y exhibición de pornografía a menores, que determinaron la detención de **Jon**. Investigados judicialmente los hechos en el Procedimiento Sumario nº 1/2016 seguido ante el Juzgado de Instrucción Nº 4 de los de Palma, por Auto de fecha 28 de septiembre de 2016 se acordó el procesamiento del investigado realizándose la declaración indagatoria y dándose por concluso el Sumario mediante Auto de 10 de Octubre de 2016, ordenando la remisión a esta Ilma. A. Provincial con emplazamiento de los procesados por término legal para su comparecencia ante la Audiencia por medio de Procurador.



SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones y formado el correspondiente Rollo, por Auto de 4 de Noviembre de 2016 se confirmó la conclusión del sumario y se procedió a la apertura de Juicio Oral, formulando el Ministerio Fiscal su calificación provisional mediante escrito de 14 de Noviembre de 2016 y la defensa mediante escrito de 21 de Noviembre de 2016. Admitidas que fueron las pruebas que se estimaron oportunas, se señaló el acto de juicio oral para los días 8 y 9 de Marzo de 2017 con la asistencia y el resultado que consta en el correspondiente soporte audiovisual.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, modificando las provisionales, calificó los hechos como constitutivos de:

- Un delito continuado de agresión sexual con intimidación y acceso carnal a menor de 16 años, con superioridad por afinidad de parentesco, de los arts. 183.1.2.3 y 4 en su apartado d) y 74 del CP en su redacción por LO 1/2015;
- Un delito continuado de exhibición de material pornográfico a menores, del art. 186 y artículo 74 del CP , en su redacción por LO 1/2015;
- Un delito continuado de exhibición y difusión de pornografía infantil del art. 189.1b) en relación con el art. 74 del CP .

De los anteriores delitos, consideró autor al procesado Jon , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando la imposición, de las siguientes penas:

- Por el delito de agresión sexual, la pena de 15 años de prisión;
- Por el delito de exhibición de material pornográfico, una pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena privativa de libertad;
- Por el delito de exhibición de material pornográfico infantil, la pena de 3 años y 3 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena;
- En aplicación de los arts. 57 y 48 del CP , en su redacción por la LO 1/2015, por cada uno de los delitos la prohibición de acercarse a menos de 500 metros de Jose Carlos , su domicilio, lugar escolar, de estudios, trabajo, ocio, esparcimiento o dónde quiera que se encuentre Jose Carlos , por un período de 10 años, así como comunicarse con el mismo por cualquier medio directo o indirecto por el mismo período;
- Por aplicación del art. 192.1 , 2 y 3 CP en la redacción dada por LO 1/2015, la inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por 5 años y medida de libertad vigilada de una duración de 8 años.
- Costas del juicio y abono de privación de libertad.
- Indemnizará a Jose Carlos en la cantidad de 12.000 euros por el daño psíquico y moral causado.

La Defensa de Jon , en igual trámite, manteniendo las conclusiones en su día formuladas, interesó la libre absolución de su patrocinado. Costas de oficio.

CUARTO.- En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado los trámites legales esenciales.

HECHOS PROBADOS

En atención a las pruebas practicadas, procede declarar probado que:

PRIMERO.- El procesado, Jon , mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 .1974, en Jena(Alemania), ejecutoriamente condenado en virtud de Sentencia de 14.5.2003, firme de 21.10.2003, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Arenys de Mar en el Procedimiento abreviado nº 35/2003, por un delito de abusos sexuales a la pena de 2 años y 4 meses de prisión, por un delito de utilización de menores con fines pornográficos a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, por un delito de exhibición y difusión de material pornográfico a 1 año de prisión, por un delito de tráfico de drogas a la pena de 3 años de prisión, causa que dejó cumplida el 4.2.2011 y que fue cancelada el 11.2.2015; privado de libertad por esta causa desde el 11 de febrero de 2016, realizó lo siguiente:

En el período comprendido entre los meses de marzo a diciembre de 2015, ambos inclusive, convivió casi a diario con Jose Carlos , nacido el NUM003 .2001, que contaba en dicho período con 13 y 14 años de edad, convivencia que se produjo, inicialmente, de forma continuada en el domicilio de Jon sito en CALLE001 nº NUM004 de Palma y luego en el domicilio sito DIRECCION001 , segundo domicilio donde Jose Carlos acudía a pernoctar y estar preferentemente los fines de semana. La madre de Jose Carlos , Encarnacion , vivía sola con Jose Carlos y otra hija de 8 años de edad llamada Diana , con problemas económicos y de



espacio, razones por las que Jon cuidaba de Jose Carlos , al que llamaban Guillermo , y le acogía en su casa ejerciendo sobre él una relación paternal como si fuera su padre.

Durante el período mencionado, la mayor parte del tiempo estaban los dos solos en las viviendas de los domicilios referidos. En esta tesitura, Jon , con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales, hacía que Jose Carlos viera con él vídeos de material pedófilo y pornográfico, masturbándose Jon delante de Jose Carlos , y también pedía a Jose Carlos que se masturbara, sin que conste que lo consiguiera. Jon convencía a Jose Carlos para ver los vídeos pornográficos y pedófilos, sin emplear fuerza física pero diciéndole al menor que si se negaba a hacerlo o no volvía más a su casa, le haría daño a su hermana y a su madre, por lo que Jose Carlos accedía y volvía a la casa por el miedo que sentía frente a Jon y la preocupación de que a su madre y a su hermana les ocurriera algo malo.

En el período mencionado, al menos en 2 ocasiones, con idéntico ánimo de satisfacción sexual propia, Jon le realizó a Jose Carlos felaciones, aprovechando que el menor estaba dormido, empezando a chuparle el pene, y si Jose Carlos se despertaba y no quería, Encarnacion le decía que haría daño a su madre y hermana.

Igualmente, en ese tiempo, también de manera insistente, en su afán de satisfacción sexual propia, Jon pedía a Jose Carlos que le penetrara, concretamente, que Jose Carlos introdujera su pene en el ano de Jon , y, aunque Jose Carlos se negaba, lo llegó a realizar en una ocasión, debido a la insistencia de Jon y el miedo que sentía Jose Carlos ante las continuas advertencias de Jon de que si no cedía a sus peticiones, le haría daño a su madre y hermana.

SEGUNDO.- Jose Carlos , a consecuencia de estos hechos, sigue tratamiento psicológico, habiendo afectado a su desarrollo tanto en el área social como en la emocional, presentando una alteración grave a todos los niveles, lo que requiere un largo período de tiempo de terapia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Esta Sala ha llegado al convencimiento de la realidad de los hechos declarados probados a través de la prueba practicada en el acto de Juicio Oral valorada en su conjunto y del modo ordenado en la LECrim, siendo que existe prueba de cargo bastante para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado atendiendo a que dicha prueba, de un lado, ha sido practicada conforme a los principios de inmediación, oralidad, contradicción y defensa resultando con ello procesalmente válida y, de otro lado, resulta plenamente suficiente para quebrar el mencionado principio que ampara al acusado.

Comenzando por la declaración del acusado, ha manifestado que en el año 2015, vivía en la CALLE001 NUM004 , trabajando para la ONG " DIRECCION003 " cuya sede estaba a unos 100 metros de su casa, siendo que la dueña de dicho Centro le cedió el almacén que fue su domicilio. Que trabajaba en " DIRECCION003 " haciendo un poco de todo, cobrando "en negro" 250 euros mensuales. Que en ese centro conoció a Encarnacion , quien, al inicio, ayudaba a cocinar y a dar comidas, desconociendo inicialmente si Encarnacion tenía o no hijos. Que establecieron una relación de amistad, en el transcurso de la cual, Encarnacion le presentó a sus hijos, Diana y Jose Carlos , a quien llamaban Guillermo , que contaban con unos 5 o 6 años y casi 14 años, respectivamente, pues a Guillermo le quedaban 2 ó 3 semanas para cumplir los 14 años cuando le conoció. Contó el acusado que Encarnacion tenía problemas y perdió su vivienda, por lo que le encontró un garaje hasta que el comedor le encontrara algo mejor, y no se quedarán en la calle. Que les ayudó a hacer la mudanza. Que esto ocurrió un poco antes del cumpleaños de Guillermo . Respecto de Guillermo contó que era un niño callado, retraído y que no quería participar en actividades, y su madre, Encarnacion , decía que tenía trastorno de déficit de atención y necesitaba medicación, por lo que el acusado habló con él para que participara en actividades con niños tranquilos. Que al inicio de esta relación, Guillermo no se quedaba en su casa pero que, un día, su madre quería salir y era la época en que vivían en una casa vieja y no se fiaban del inquilino, por lo que el acusado se ofreció a quedarse con ambos niños de viernes a sábado. Que después, Encarnacion manifestó que le iban a quitar a los niños porque su casa era vieja y el acusado le ofreció que el niño durmiera en su casa, que él se encargaría de llevarlo y recogerlo del colegio, que por la tarde estaría con ellos y por la noche podía dormir en su casa. Que se quedaba con Guillermo entre semana y le ayudaba a la mayoría de las cosas, como los deberes. Afirmó que le ofreció a Encarnacion que se podía quedar con ambos menores, si era necesario. Explicó que Guillermo era un niño muy delgado por la medicación que tomaba y que él, el acusado, le hacía la cena, le preparaba la ropa etc... es decir, todo lo que antes hacía la madre. Que, por la mañana Guillermo estaba en el colegio y por la tarde con su madre o en el Casal(comedor de " DIRECCION003 ") y por la noche con él. Que solía ir después de la comida, sobre las 20-21 horas, veían una película, youtube, ducha y a la cama, aunque también repasar los deberes. Explicó que, en este tiempo, hablaba más con la madre que con Guillermo , porque éste estaba distraído. Que con Guillermo hablaba de la escuela y que era problemático, que al acusado no le gustaba cómo Encarnacion trataba a Guillermo



porque cuando éste cometía errores o había discusión con la hermana, siempre pagaba Guillermo . Que Guillermo , en casa de su madre era muy callado pero que en casa del acusado sacaba toda la rabia. Continuó explicando que entabló con Guillermo una relación de mucha confianza. Reiteró que se entretenían viendo la tele, series etc... Que Guillermo veía youtube o jugaba con su amigo Juan María . Negó el acusado haber visto material pornográfico mientras Guillermo estaba en la vivienda, explicando que le daba vergüenza pero que Guillermo miraba su móvil, se iba a la habitación y se masturbaba. Que, en una ocasión, pilló a Guillermo desnudo delante del ordenador y le riñó porque le podía traer problemas. Que Guillermo tenía la llave de su casa. Negó haber visto pornografía junto a Guillermo y explicó que cuando él, el acusado, tenía un "ligue" mandaba a Guillermo con su madre. Que, en una ocasión, encontró porno en el móvil de Guillermo y le dijo que él tenía antecedentes por pornografía infantil. Explicó que el hallazgo se produjo un día que Guillermo estaba en casa de la madre y hacían un juego "de granja". Que miró el móvil y le saltó una página de porno de media hora; al examinar youtube ponía "niños follando" y habló con la madre de Guillermo , preguntando ésta que qué hacía en su casa, respondiendo el acusado que no lo sabía. Fueron al ordenador que usaba Guillermo y hallaron páginas que no le gustaron al acusado. Explicó que ese ordenador se lo regaló él a Guillermo porque no le dejaba ver nada en el suyo, existiendo dos ordenadores en su casa, el que usaba el acusado y el que usaba Guillermo , aunque afirmó que Guillermo también usaba el suyo y le pilló en más de una ocasión. Que lo que encontró en el ordenador eran vídeos de japoneses con niñas pequeñas. Negó haber realizado él tales descargas, afirmando que a él le gustaba el porno gay pero no la pornografía infantil porque ya tuvo una vez problemas y no iba a caer otra vez en lo mismo. Reconoció haber cumplido condena en 2012 ó 2013 por encontrarle pornografía infantil. Al preguntarle por el origen del material pornográfico hallado en su domicilio, manifestó que algunos discos duros eran antiguos y pudieran ser de la primera vez que le pillaron, pues afirmó que, en aquella ocasión, no le cogieron todo. Cuando se le exhibió la foto obrante al folio 284, manifestó que no le hizo fotos a Guillermo desnudo, aunque sí le vio desnudo. Que había muchas fotos de Guillermo en la playa, en bañador, y que le preguntaran a Guillermo quién hizo las fotos. Explicó que las fotos de la playa estaban en su móvil pero la que Guillermo está desnudo, seguro que no, negando que pudieran estar en el mismo archivo. Que esa foto parece de la vivienda de CALLE001 , desconociendo tal foto, y explicando que el móvil que tiene Guillermo en esa foto, es su móvil, el del acusado. Reiteró su negación de haber visto pornografía, tanto de adultos como de niños, delante de Guillermo , contando que, en una ocasión, Guillermo estaba dormido, o eso pensaba el acusado, cuando se puso a ver porno para satisfacerse y entonces Guillermo apareció por detrás y le dijo que se iba al baño. Que, al volver, Guillermo le dijo "no mires esa página que se cuelga, mira la "nxxx", que se ven mejor, no se cuelgan". Que cuando Guillermo apareció, en la ocasión que estaba relatando, el acusado paró de masturbarse y cuando se fue Guillermo , continuó. Que nunca ha mantenido contacto sexual con Guillermo , y que sí se han hecho cosquillas y se han dado abrazos. Afirmó haber visto a Guillermo desnudo, en la ducha, delante del ordenador y reiteró que le pilló masturbándose un día que hacía hora y media que ya se había ido a la cama. Negó haber realizado tocamientos con Guillermo aunque afirmó que éste si los tuvo con un compañero de clase. También negó haber realizado felaciones a Guillermo y que "ni de coña" le pidió a Guillermo que le hiciera una felación a él, negando también que le pidiera a Guillermo acceso anal bien de él hacia Guillermo o viceversa. También negó haberle dicho a Guillermo que le haría daño a su madre y hermana, pues el acusado manifestó que quien tenía miedo de la madre y una amiga era él. Respecto a su relación laboral con " DIRECCION003 " y por qué terminó, el acusado explicó que él se gastaba el dinero en la familia de Guillermo por lo que le pidió dinero a Carlos Miguel , el Jefe del Comedor. Que la dueña del comedor, Silvia , se enteró de esto y ella le dijo que tenía que acabar la amistad con la familia de Guillermo porque generaba mala fama. Que el acusado le dijo a Silvia que ella no podía decirle qué hacer con su tiempo después del trabajo y que si quería, que le despidiera, por lo que, a partir de aquí empezaron las discusiones. Explicó que el problema con Silvia era porque no se podía tener relación con los usuarios del comedor, y explicó que también Carlos Miguel tuvo el mismo problema por tener un relación con una mujer usuaria del comedor. Que Silvia sospechaba por sus antecedentes pornográficos por lo que el acusado se cansó y dijo que Guillermo tenía que hablar con alguien competente para que dijera que no había nada. Que en " DIRECCION003 " sabían de sus antecedentes porque era allí donde le mandaban las cartas del Juzgado y, al parecer, alguien lo leyó. Que respecto del domicilio de DIRECCION002 , no le llegaban cartas en mano. Se le preguntó si algún compañero del comedor vio fotos de pornografía infantil en su móvil a lo que el acusado respondió que a Carlos Miguel le enseñó su móvil y su ordenador pero no le enseñó el de Guillermo porque no tenía la clave. Respecto a cómo termina la relación de él con Encarnacion y sus hijos, el acusado explicó que Encarnacion buscaba urgentemente pareja y encontró a un hombre del Bar Canela, persona que al acusado le parecía un padre perfecto y trataba bien a los niños. Que cuando Encarnacion salía con él, el acusado se quedaba con los niños hasta que Encarnacion le dijo que tenía que bajar las visitas con Guillermo , entendiendo el acusado que "ok". Manifestó que a Encarnacion , ese hombre, al principio le daba asco pero tenía "casa y dinero". Que, sin poder recordar con seguridad, acaba la relación como un mes después de cambiarse a la casa de DIRECCION001 , donde se fue en octubre de 2015, habiendo vivido en CALLE001 hasta esa fecha. Afirmó que Guillermo sí fue a su casa de DIRECCION001 pero no a dormir porque estaba



más lejos y le visitaba por las tardes. Que, finalmente, después de Reyes de 2016, cesa totalmente la relación. También explicó el acusado que después de que Encarnacion hablara con la asistente social, hablaron con una amiga común que decía "que no le cuadraba" y si hubiera habido problemas con Guillermo , éste se los hubiera contado porque esa mujer era la madre de un amigo suyo, Justo . También afirmó que Guillermo , cuando se pone nervioso, se pone agresivo. Reiteró que Guillermo tenía la llave de su casa por lo que podía irse cuando quisiera. Insistió en que la madre regañaba a DIRECCION002 a menudo. También explicó que él, el acusado, habló con Encarnacion para decirle que no podía ser lo que le acusaba "el Casal" y que hablara con alguien, porque los del "Casal" decían que podía tener una relación con el niño y él(el acusado) lo negaba, manifestando que hasta Encarnacion estaba a su favor. Finalmente explicó que tras los Reyes de 2016, un día Encarnacion le pidió que cogiera sus cosas y que no volviera porque Silvia ya le había hablado de él.

A preguntas de su Defensa, explicó que cuando se inicia el tema de las sospechas era verano, junio o julio y fue porque los del "Casal" no veían bien su relación con Guillermo . Que cuando observó el material porno en el móvil de Guillermo , se lo dijo a su madre, a Encarnacion , y ésta le contó que Guillermo , desde los 11 años, se iba al baño con el móvil a "dale que te pego" por lo que el acusado le dijo a Encarnacion que había que controlar lo que Guillermo miraba. Que fueron a la psicóloga porque cuando él encuentra el porno en el móvil de Guillermo y se lo dice a su madre, ésta habla con una mujer del comedor que era "asistente social" expresando el acusado que no cree que Encarnacion hablara de esto con Carlos Miguel . Afirmó conocer que Guillermo tuvo el encuentro con esta psicóloga porque él mismo preparó una mesa en el almacén donde vivía. Que convivió con DIRECCION002 , más o menos, desde su cumpleaños hasta octubre o noviembre y que, antes, se quedó con los dos, Diana y Guillermo , algún fin de semana mientras su madre buscaba casa. Que en el "Casal" sabían que era homosexual y también lo sabía la familia de Encarnacion , pues ya lo sabían desde su trabajo anterior en otro comedor social llamado "Tú importas". Que en ese comedor, Silvia le pidió que espicara porque había problemas con una persona por temas de dinero. Que tras esto, Silvia le llevó a "DIRECCION003 " y la relación con ella era estresante porque tenía que vigilar a Carlos Miguel , tenía que hacer muchas cosas por 250 euros al mes y alguna gratificación que le daba cuando ella venía a Mallorca, como 100 euros. Que ha tenido problemas con Silvia porque le dijo que si no le pagaba lo que le debía, la iba a denunciar, afirmando que Silvia puede comprar muchas cosas y que creía que para hacerle daño y aprovechando sus antecedentes, "me meten mierda". Al preguntarle por si Guillermo pudiera tener otro motivo para dar lugar a todo esto, el acusado manifestó que le había fallado pues le dijo a Guillermo que con 16 años se podrían ir a Alemania, a casa de la tía del acusado, a estudiar, pero le ha fallado. Continuó, aclarando, que en mayo de 2015, NUM000 no vivía con el sino que se quedó un fin de semana, una noche de viernes a sábado. Que como le gustó quedarse en casa de Jon , su madre le dijo que podía quedarse cuando ella saliera. Que, en otra ocasión, también se quedó en su casa Indalecio , amigo de Guillermo y también otro amigo y el hermano de Indalecio pero por la tarde. También contó que Justo , otro niño que vivía en la primera planta, también se había quedado con él. Explicó que él, en ocasiones no estaba en casa pero sabía que habían estado porque le pedían CD's, la Nintendo etc... Que incluso, preguntó a la madre de Justo si éste podía bajar y dijo que sí, relatando que incluso los cuatro fueron a pasear a los **perros**. Respecto de los ordenadores habidos en su domicilio, manifestó que el de Guillermo era el de sobremesa, el plano, y que la torre era la suya, creyendo que el ordenador de Guillermo tenía clave. Respecto a la relación que Guillermo había tenido con uno de su colegio, relató que se habían encerrado en la habitación y que uno intentó hacerle una mamada al otro, y que uno se lo contó y él(el acusado) le dijo que era de tontos hacerlo si no le gustaba.

A preguntas del Ilmo. Sr. Presidente, explicó que el ordenador de Guillermo lo montó él mismo, y que la memoria y el disco duro ya los tenía él, que eran muy viejos, pero que él no usó el ordenador de Guillermo . Reiteró que la foto de Guillermo desnudo que se le había exhibido, no la hizo él, desconociendo su autor, y que si la foto estaba en el mismo archivo, el niño pudo transmitirla porque tenía acceso al móvil. Concretó que el niño va con él después de mayo y que los problemas no surgen hasta transcurrido un mes de su marcha en octubre. Reiteró que habló con Encarnacion al hallar porno en el móvil de Guillermo y que empezaron a vigilarle. Que pensó que era porno normal pero luego vio los archivos. Manifestó que desconocía si Silvia conocía personalmente a Guillermo y que pensaba que Guillermo le había denunciado por fallarle y que Silvia lo que saca de todo esto es desacreditarle porque él sabe de los "trapos sucios" de ella.

Frente a lo manifestado por el acusado, se alza el testimonio de Jose Carlos que, gracias a la intermediación y a la credibilidad que suscita, se alcanza como prueba de cargo de signo incriminatorio, dándose en el mencionado testimonio todos los requisitos jurisprudenciales que vienen exigiéndose para entender desvirtuada la presunción de inocencia. Jose Carlos , respecto de los hechos nucleares, ha mantenido éstos desde la primera declaración. Y así, en su primera declaración en sede policial, Jose Carlos explicó que "*(...)Que a partir de una fecha determinada, como el domicilio de su madre no tenía mucho sitio para todas las personas, pues comenzó a dormir en una especie de casa que le construyeron al lado del casal para que durmiera Jon . Que durante la estancia en esa casa, Jon tenía dos ordenadores de sobremesa, mostrándole, en varias*



ocasiones, vídeos pornográficos de carácter homosexual(hombres), masturbándose el citado Jon mientras veían las películas, manifestando el declarante que se encontraba incómodo ante esa situación. Que también, en ocasiones, le solicitó Jon que se masturbase delante de él mientras veían los vídeos, si bien dice que nunca aceptó. Que en dos ocasiones, se encontraba durmiendo, se despertó al notar algo extraño y pudo observar como Jon le estaba "chupando su miembro" a lo que al momento se apartó porque no quería que se lo hiciera. Que en varias ocasiones Jon le insistía en mantener relaciones sexuales con él, tanto activas como pasivas, si bien siempre se negó pero, en una ocasión, ante la insistencia de Jon y al sentirse intimidado, procedió a penetrar analmente a Jon (...)" (folio 22)

En sede judicial(día 19.2.2016, folios 241, 242 y CD) manifestó "(...)que sin recordar la fecha, era una mañana, cuando estaba durmiendo, me desperté y vi que me estaba chupando el pene; cuando le vi hacer esto, lo aparté. Bastante tiempo después, sucedió lo mismo. Estaba asustado e intimidado. Hace unos 3 meses, no paraba de decirme que le la chupase, que me quería follar, pero, un día, asustado y todo, lo hice con él, le metí el pene en su culo. Y no volvió a sucederme nada extraño. Recuerdo que en su ordenador tenía mucha pornografía, sobretudo infantil".

En el CD de la exploración del menor, el menor relata que veían porno los dos juntos y que Jon se masturbaba delante de él, que él se iba. Que él no se masturbó. Que esto ocurrió tanto en el almacén como en el loft de DIRECCION001 de Jon , explicando cómo era tanto el almacén como el loft. Que lo demás le ocurrió en el loft. Que Jon siempre le amenazaba con hacer daño a su madre y hermana. También cuenta que sabe, por la madre de un niño, que un día ese niño fue a casa de Jon y éste le metió en el culo un termómetro.

En el acto de Juicio Oral, Jose Carlos , contó que conoció a Jon en el Casal llamado " DIRECCION003 " en el que trabajaba, cuando tenía unos 14 años. Que cuando le conoció, él vivía con su madre, su hermana Diana y un compañero en la CALLE002 . Que al inicio, hablaba con Jon de ordenadores y poco a poco la relación se hizo más estrecha. Que Jon vivía a 5 minutos del Casal, que era una chabola y vivía allí porque conocía a la dueña, Silvia , y le hicieron o le compraron esa casa, que era como un almacén. Que empezó a ir a casa de Jon en invierno; que la primera vez fue por la tarde y luego empezó a quedarse a dormir porque su madre vivía lejos del Casal y Jon se ofreció. Que empezó a dormir todos los días con él salvo días sueltos y fines de semana, que dependía. Que salía del colegio e iba al Casal y sobre las 18 horas se iba a casa de Jon . Que se llevaban muy bien y llegó a verle como un padre, que tenían una relación de confianza y le contaba sus cosas, incluso cosas que no le contaba a su madre. Que estaba a gusto y confiaba en él. Que vio porno con Jon y una de las primeras veces que se quedó con él le dijo que no era nada malo y que era algo natural. Que veían porno homosexual, salían adultos pero también niños. Que lo vieron más de una vez y salían niños más de una vez aunque no con tanta frecuencia como las de adultos. Que le incomodaba pero Jon le decía que las viera porque no era nada malo. Que, al principio, Jon conseguía que viera el porno diciendo que no era nada raro. Luego le obligaba diciéndole que le haría daño a su familia, a su madre que, en esa época, estaba enferma. Que le daba miedo. Que tuvo 3 contactos sexuales con Jon : dos de sexo oral de Jon hacia Jose Carlos y uno de Jose Carlos penetrando a Jon . Contó que estaba durmiendo y Jon le dijo que ese día no iría al colegio por lo que, estando dormido, notó que se la estaba chupando y se apartó pero Jon le dijo que se dejara, que no era nada malo y que era normal. Jose Carlos afirmó que él no se había dejado porque estaba durmiendo. Que cuando se despertaba, Jon seguía hasta que él se podía apartar. Que en otra ocasión, la segunda que recuerda, ocurrió lo mismo pero Jon le agarró y no podía apartarlo. Que Jon , en estas dos ocasiones, le chupaba el pene. En otra ocasión, la tercera que relata, él(Guillermo) penetró analmente a Jon porque Jon le amenazó concretando que Jon le pidió que le penetrase analmente y le dijo que si no lo hacía, se lo haría a su madre y hermana por lo que, por miedo accedió y le penetró. Que todo fue traumatizante, que tenía miedo. Que veía a Jon como a un padre pero después ya no. Que todavía, en el momento del juicio, tiene miedo de las represalias de Jon porque ha ido a prisión por esto, y puede vengarse después de cumplir condena. Explicó que no contó nada a su entorno y siguió yendo a casa de Jon . Que desconocía cómo se descubrió lo que sucedía, manifestando que suponía que su madre sospechaba algo y le dijo "ya no más". Que su madre se entera cuando les llaman de policía y él se lo cuenta a un policía. También afirmó que Jon tenía sexo con su **perro** y que él lo vio.

A preguntas de la Defensa, manifestó que no tenía conflictos con su madre. Que lo relatado ocurre, los dos primeros episodios, en primavera-verano, por su cumpleaños, y el tercero, en otoño, después del verano. Que las felaciones fueron en la chabola y la penetración en el loft de DIRECCION001 . Que veía porno con Jon . Que no usaba los dos ordenadores, que el de Jon no lo usó. Que el suyo era el plano. Que usaba el móvil de Jon y miraba porno en el móvil. Que no era cierto que Jon le hubiera pillado masturbándose. Que Jon tenía relación con hombres. Que vio masturbarse a Jon . Que no llevaba gafas cuando las dos felaciones que ha contado pero lo sabe porque lo notó, le quitó un poco el pantalón y el calzoncillo y Jon le chupaba con la boca. Preguntado si había hablado con Silvia , manifestó que era la dueña del Casal que sabía que tenía tratos con Jon pero nada más, no había hablado con ella. Reiteró que no le contó nada a su madre y que la primera



vez que cuenta lo sucedido lo hizo a un policía. Que era cierto que se entrevistó con una psicóloga pero que no le dijo nada. Que cuando se entrevistó con esta psicóloga ya habían ocurrido las felaciones y que no sabía por qué no se lo había contado. Que no era cierto que hubiera tenido contacto sexual con un compañero del colegio. Que no tenía porno en su móvil, que él supiera, ni adulto ni infantil. Que la foto en la que sale desnudo no sabía quién la había hecho. Que no usaba emule, pues él veía porno por internet, con google o youtube.

A preguntas del Ilmo. Sr. Presidente, explicó que cuando Jon le decía que viera porno es porque "pasaba por allí". Que lo de buscar él mismo porno fue después de conocer a Jon . Que Jon le había dicho que había porno heterosexual y no sólo homosexual, por lo que lo buscó a ver cómo era eso. Que el ordenador se lo dio Jon pero él no descargó nada de porno, que lo que hubiera ya estaba. Que Jon le dio su móvil porque a Jon le dieron otro. Que para buscar porno, Jon le dio unas páginas pero no las recordaba. Que de porno sólo miraba el de adultos pues él solo no vio porno infantil. Que las páginas que le dio Jon no eran de porno infantil.

Expuesta la declaración de Jose Carlos , hemos de traer a colación un nutrido cuerpo de Doctrina Jurisprudencial recaída en torno a la habilidad del testimonio de la propia víctima y la prudente valoración con que debe ponderarse su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa, atendiendo al marco de clandestinidad con que se producen determinados delitos, singularmente contra la libertad sexual y que, en ocasiones, impide disponer de otras pruebas(STS de 31 de Enero de 2005).

Al respecto, tiene dicho el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS 721/2010 de 15 de julio , que el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias (STS. 15.4.2004), como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

Añadiendo la STS de 2 de Febrero de 2017 que: "(...) respecto a la declaración de la víctima, la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional, entienden que puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aún cuando fuera la única prueba disponible, como es frecuente que acaezca en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente con absoluta clandestinidad, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada (SSTC. 229/1.991 , de 28-11 (RTC 1991 , 229) ; 64/1.994, de 28-2 y 195/2.002, de 28-10 (RTC 2002, 195) , así como SSTS 339/2007, de 30-4 ; 187/2012, de 20-3 ; 688/2012, de 27-9 ; 788/2012, de 24-10 (RJ 2012 , 10173) ; 469/2013, de 5-6 ; 553/2014, de 30-6 o 355/2015, de 28-5 (RJ 2015, 2491) , entre muchas otras)(...)" Continúa la mencionada sentencia diciendo: "(...)Y para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo tiene establecidos unos parámetros que, sin ser cada uno de ellos una exigencia axiomática para la validez del testimonio como prueba de cargo, sí facilitan que la verosimilitud que se les otorgue responda a criterios lógicos y racionales, con elusión de posicionamientos internos o intuitivos del Juez o Tribunal. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación como elemento que se proyecta sobre los dos primeros, aún cuando - como decíamos en nuestra Sentencia 355/2015, de 28-5 (RJ 2015, 2491) - "La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia"(...)" .

Examinando tales criterios respecto a la declaración de Jose Carlos :

1º.- Respecto al criterio de la incredibilidad tiene, como señala la Sentencia de 23 de septiembre de 2004 dos aspectos subjetivos relevantes.

a) Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

Jose Carlos ha comprendido y contestado a todo cuanto se le ha preguntado y que recordaba. Consta que Jose Carlos es un chico que no presenta ninguna característica, trastorno o enfermedad que pudiera influir en su credibilidad. Así se desprende del informe efectuado por las técnicas NUM006 y NUM007 del Consell de Mallorca, Departamento de Bienestar Social, Área de Protección al Menor y Atención a la Familia, folios 363 a 370 y lo han expuesto en el acto de Juicio Oral(punto nº 4 del informe), como de la testigo-perito Dña. Marí Jose , técnico del UTASI, nº NUM005 , que lleva el tratamiento psicológico de Jose Carlos . Ninguna de las técnicas mencionadas ha puesto de manifiesto ni la Sala ha podido percibir, que Jose Carlos tuviera alguna característica, trastorno o enfermedad que pudiera influir en lo que ha contado, al contrario de lo afirmado por el acusado, que manifestó que la madre de Jose Carlos le dijo que éste presentaba trastorno de déficit de atención, por tanto, sin que se aporte ningún elemento que pueda mostrar la irreal percepción o la falsa vivencia de lo que Jose Carlos sostiene.



b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones(Sentencia de 11 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3682)).

Se ha querido plantear por la defensa y por el propio acusado, que Jose Carlos pudiera obrar "inducido" por alguien, especialmente por Silvia , como consecuencia de las desavenencias habidas entre ésta y el acusado o bien porque Jose Carlos haya actuado movido porque el acusado le habría "fallado" utilizando su propia terminología. Ni lo uno ni lo otro ha sido acreditado en el acto de Juicio Oral. Antes al contrario: Jose Carlos ha expresado que tenía cariño a Jon , que le veía como un padre. Que se llevaban bien, que le cuidaba. No ha de olvidarse que la presente causa, además, no se inicia por denuncia de Jose Carlos sino por investigaciones policiales y, cuando Jose Carlos es llamado por la policía es cuando cuenta lo sucedido. En ningún momento ha mostrado odio o resentimiento en sus manifestaciones hacia Jon , sino que ha dicho que veía a Jon como un padre pero, después de "esto" ya no. Ha de tenerse también en cuenta que Jose Carlos habló con la que el acusado dice ser "asistente social" amiga de los del Casal, que ha resultado ser Juliana , según también han declarado Encarnacion , la madre de Jose Carlos , y Sebastián , otro de los testigos y que también trabajaba en el Casal al tiempo de los hechos. Esta testigo, Juliana , ha manifestado, que Encarnacion y Sebastián le pidieron que hablara con Jose Carlos aunque afirmando que "por nada en concreto". Afirmó que habló con Jose Carlos y éste no le contó nada malo sino que le dijo que a veces dormía en casa de Jon , que estaba contento. Que ella aconsejó que el niño dejara de dormir con Jon en el almacén pues era algo "raro". Si Jose Carlos hubiera querido actuar por resentimiento contra Jon , ya hubiera contado algo en esta ocasión y, sin embargo no lo hizo, a pesar de haberse producido ya, como él mismo cuenta, las felaciones y el visionado de pornografía adulta e infantil. Tampoco se sostiene que actúe inducido por Silvia , dueña del Casal, pues como ha afirmado Jose Carlos , no habló con ella, habiendo manifestado también su madre, Encarnacion , que conocía a Silvia pero que no les ha ayudado nunca y que a Silvia , ella(Encarnacion) no le caía muy bien. Por su parte Silvia no ha manifestado tener una relación estrecha ni con Jose Carlos ni con su madre, más allá de conocerles como usuarios del Casal y de la problemática generada como consecuencia de tener relación fuera del Casal un trabajador, Jon , con una usuaria del centro, Encarnacion y su familia.

El informe de los técnicos nº NUM006 y nº NUM007 es claro al respecto en su conclusión sobre la validez de la declaración afirmando que en la evaluación se descartan las hipótesis de validez afectada, considerándose alegación válida, añadiéndose en las conclusiones, punto nº 6, que no consta ningún beneficio secundario en la denuncia de Jose Carlos , habiéndolo reiterado en el acto de Juicio oral, explicando la técnico nº NUM006 que cuando un niño no obtiene beneficios con lo que está contando, suele dar las cosas de manera fragmentada, en tanto que si inventa, se acuerda de todo, lo manifiesta de manera lineal y no fragmentada.

El Agente de Policía Nacional nº NUM008 ha manifestado que cuando exploraron a Jose Carlos , éste era reacio a contar lo que le había sucedido. Explicando, tanto este Agente como la Agente nº NUM009 , que la investigación no se inicia por denuncia de Jose Carlos sino por denuncia oral de alguien que trabajaba en el Casal, y por ello inician investigaciones. Si Jose Carlos hubiera querido perjudicar a Jon por motivos de resentimiento, no se habría mostrado tan reticente como exponen tanto los Agentes como las propias técnicas del UVASI.

Por su parte, Marí Jose , que trata a Jose Carlos , afirmó que éste tiene terror a Jon pero que también tiene pena; la relación que tuvo con Jon supuso pervisión.

Todo lo anterior, lleva la conclusión clara de que no existe en Jose Carlos ninguna voluntad de perjuicio contra el acusado.

2º.- Por lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere y siguiendo las pautas de la citada Sentencia de 23 de septiembre de 2004 , aquella, la verosimilitud, debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

Lo narrado por Jose Carlos en cuanto a las relaciones sexuales con Jon y el visionado de pornografía, adulta e infantil, aparece como posible y lógico, en el sentido de que no es inverosímil ni imposible físicamente, máxime cuando ambos pasaban juntos muchos días y noches, por lo que es posible desde esta perspectiva.



b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992 (RJ 1992, 4857); 11 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7852); 17 de abril y 13 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4547); y 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9218)). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim (LEG 1882, 16)), puesto que, como señala la Sentencia de 12 de julio de 1996 (RJ 1996, 5610), 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 hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

Al respecto, la testifical de Diana, la hermana de Jose Carlos y la de Indalecio, amigo de Jose Carlos, vienen a corroborar la versión dada por Jose Carlos.

- Así, Diana ha contado que vivía con su madre, hermano y Salvador y que Jon iba a su casa a cenar y luego se iba. Que su hermano Guillermo (como ella le llama) vivía con ellos pero luego fue a dormir con Jon aunque cuando su madre estaba mal o le pasaba algo, los dos iban a casa de Jon. Que en casa de Jon estaban en el ordenador y cuando ella se dormía, Jon y Guillermo seguían en el ordenador. Afirmó que se llevaba bien con Jon. Contó que un día ella estaba en el salón en el ordenador y que Jon y Guillermo estaban en la habitación. Que ella estaba con Boy, el perro de Jon, entonces Boy se fue hacia la habitación y ella fue a por el perro, a quitarlo de ahí, y vio a Jon desnudar a su hermano y meterle una botella de laca de cristal por el culo y Guillermo gritaba. A preguntas de la Defensa, contó que su hermano se llevaba normal con Jon y que se lo pasaba bien con Jon. Que su hermano no le ha contado nada.

Finalmente, Diana, de forma espontánea, manifestó si podía decir algo más y al decirle que sí podía hacerlo, contó que Jon les dio una aplicación y al ponerla salían cosas que le daban vergüenza, "cosas de mayores".

Esta declaración viene a corroborar lo manifestado por Jose Carlos, en cuanto a actos de naturaleza sexual con el acusado. Es cierto que Jose Carlos no ha contado el episodio que relata su hermana, pero ello viene justificado, como han explicado los técnicos del Consell, en que forma parte de los criterios de la credibilidad que existan ciertas contradicciones, cambio de opiniones o incluso no recuerde algunos episodios, de ahí la fragmentación con la que Jose Carlos cuenta las cosas, incluso presenta dudas en su relato o correcciones e incluso admite falta de recuerdo cuando no es capaz de aportar más información.

También el relato de Nieves, vendría a corroborar lo manifestado por Jose Carlos en cuanto que veían el ordenador de Jon, que Nieves sólo se refiere a uno.

- Indalecio, que ha afirmado que Jose Carlos le contó que Jon le obligó a penetrarle. Que Jose Carlos se lo contó después de la denuncia y que entonces él, Indalecio, le contó a Jose Carlos lo que le había ocurrido a él. Indalecio contó que un día que fue a dormir a casa de Jon, y que cuando Jose Carlos se fue a dormir, él se quedó viendo la televisión y Jon fue y le hizo "una mamada".

- El Informe pericial de los técnicos NUM006 y NUM007, pone de relieve que Jose Carlos cumple con los criterios de credibilidad, de validez y que aporta en su relato detalles significativos de alto valor diferenciador que refuerzan la credibilidad de su testimonio, como es la descripción de la situación de "atrape" donde el menor se veía obligado a mantener contactos sexuales con el acusado, expone otras situaciones con otros menores, y que Jon inicia el contacto con una relación de amistad que también exponen su madre, Encarnacion y la madre de otro menor, testigo en este Juicio, Felicidad. Se observa en Jose Carlos la presencia de indicadores psicológicos compatibles con la presencia de abuso/agresión sexual con síntomas de ansiedad, miedo, dificultad para dormir, baja autoestima, culpa, sobreadaptación, pseudomadurez, pocas relaciones con iguales.

- En idéntico sentido se ha pronunciado Marí Jose, que trata psicológicamente al menor en la UTASI, dependiente del Consell de Mallorca, al exponer que Jose Carlos es un niño hipersexualizado, con actividad sexual alta, ve porno, presenta masturbación compulsiva, atracción, confusión de los límites, incluso está confundido respecto de su orientación sexual y que todo ello es compatible con una situación de abuso/agresión sexual. Que su estado es claramente de abuso sexual, que se dan todos los indicadores. Explicó que a nivel social se halla aislado y a nivel emocional presenta miedo, culpa y mucha vergüenza. Explicó que a Jose Carlos lo colocan de igual a igual y es difícil hacerle entender que, aunque participara activamente, era un desigual porque la edad era distinta, presentaba carencias de alimentación, de cariño etc... Jose Carlos buscaba atención, compañía por lo que era más fácil acceder a él. Explicó que Jon cubría las carencias



emocionales de Jose Carlos y que incluso llegó a identificar su vida, Jose Carlos , con la de Jon . Presenta un mecanismo de defensa de que lo que cuenta no le afecta. Explicó que la relación vivida con Jon supuso una perversión lo que hace que Jose Carlos esté así y que cuando quiso salir, no podía. En este sentido también se pronunció la testigo Marí Trini que afirmó que Jose Carlos incluso llegó a vestirse como Jon , que le mimetizaba.

- El material pornográfico hallado en el domicilio de Jon , también viene a corroborar la declaración de Jose Carlos . Al respecto obra el informe pericial de los folios 269 a 336. Los Agentes firmantes, Policías Nacionales números NUM010 y NUM011 explicaron que al analizar los dispositivos intervenidos en el domicilio de Jon , hallaron material pornográfico, especialmente pedófilo, así como archivos de EMULE de contenido pedófilo, tanto en estado de descarga como otros que habían sido borrados por el usuario pero fueron recuperados. Examinados los DVD'S aportados con el informe, aparecen archivos mostrando imágenes de contenido sexual de menores, bien solos, bien con otros menores o incluso adultos con menores, así como con un **perro** y un menor. Obra también en el mencionado informe, anexo 2, el fotograma en el que aparece el acusado manteniendo sexo con un **perro**(folio 327), lo que corrobora lo afirmado por Jose Carlos de que Jon tenía sexo con su **perro**.

El acusado ha reiterado que el ordenador "plano" era de Jose Carlos . Se refiere a la evidencia contenida en el informe pericial como evidencia 2 y su disco duro, evidencia 2.1. En éstos es donde han sido hallados el mayor número de archivos de contenido pedófilo y el programa EMULE con descargas activas así como otras que habían sido borradas pero han podido ser recuperadas, también de contenido pedófilo o con dicha nomenclatura. Jose Carlos ha manifestado que el ordenador plano era el suyo, que no usaba el de Jon (torre alta) y que no utilizó EMULE ni se descargó nada, sino que buscaba en google o youtube. El acusado afirmó que ese ordenador se lo montó él a Guillermo con discos duros muy antiguos y puede ser que todavía quedara algo de "la otra vez que le pillaron porque no se llevaron todo". La versión exculpatoria que relata el acusado, se desvirtúa por varios motivos. En primer lugar, no consta que el ordenador que se identifica como de Jose Carlos tuviera clave y los peritos redactores del informe han accedido a su contenido sin necesidad de clave alguna. En segundo lugar, es cuando menos sospechoso que el acusado exhibiera al testigo Sebastián su móvil y su ordenador pero no el de Jose Carlos , manifestando, precisamente que no lo hizo por no tener la clave, lo cual no es cierto pues dicho ordenador no consta que tenga clave alguna. El testigo Sebastián manifestó que el acusado le enseñó un ordenador y un móvil, y no hallaron nada. En tercer lugar, cuando se procedió al registro de su vivienda, el propio acusado entregó los efectos analizados sin manifestar nada al respecto, como han declarado los Agentes actuantes números NUM012 y NUM013 . En cuarto lugar, es harto dudoso que el contenido hallado pudiera ser una reminiscencia de los hechos por los que, en su día, el acusado fue condenado, cuando parte de los archivos tienen modificaciones incluso en noviembre de 2015, teniendo en cuenta, además, que los hechos acontecieron fuera de la Isla y sin que conste que el acusado transportara dicho material hasta su nuevo domicilio, tras haber cumplido una condena de casi 9 años de prisión. En quinto lugar, tanto Jose Carlos como Diana , la hermana, no han distinguido qué ordenador utilizaban, por lo que el hecho de usar uno u otro no desvirtúa la afirmación de Jose Carlos de que Jon de hacía ver pornografía, infantil y adulta. Finalmente, lo manifestado por el acusado se contradice con otra de sus afirmaciones por cuanto el mismo ha manifestado que cuando se fue a vivir a DIRECCION001 , Guillermo le visitaba por las tardes, y que fue sobre octubre o noviembre; sin embargo, los archivos intervenidos tienen modificaciones de noviembre y diciembre, lo que evidencia la contradicción de la afirmación del acusado de que dicho ordenador sólo era usado por Jose Carlos .

En el ordenador que el acusado ha reconocido como propio, también han sido hallados archivos de contenido pedófilo. Es la evidencia 3 y 3.1 del informe pericial. También había archivos borrados que han sido recuperados. Y, aunque el acusado ha manifestado que Jose Carlos también utilizaba su ordenador, es difícil creer que el niño tuviera la capacidad de borrar todos los archivos que pudieran comprometer al acusado, tanto de su ordenador como del que usaba, según el acusado, el propio Jose Carlos .

También se han hallado fotografías de Jose Carlos desnudo en la evidencia 10 y 10.1. El acusado ha reconocido que las fotografías de niños en la playa eran de su móvil pero es que las de Jose Carlos , desnudo, también estaban en el mismo archivo sin que el acusado haya dado explicación razonable a ello, salvo que "eso no puede ser" o que Jose Carlos pudo transferir la fotografía. Sin embargo, parte de estos archivos también habían sido borrados, y recuperados, y no parece que también fuera Jose Carlos quien los borrara.

Y también hay contenido pedófilo en la evidencia nº 14, una tarjeta de memoria hallada también en el domicilio del acusado.

La posesión de material pedófilo hallado en el domicilio del acusado, en los términos que han quedado expuestos, es lo que lleva a la Sala a concluir en la verosimilitud de las afirmaciones de Jose Carlos en cuanto



que Jon le hacía ver vídeos de porno con niños así como también de adultos, puesto que el propio acusado ha reconocido que él sí veía pornografía adulta, especialmente gay, porque le gustaba.

En definitiva, por todo lo expuesto, se colman las exigencias de verosimilitud en la declaración de la víctima Jose Carlos .

3º.- Por último, en lo que se refiere a la persistencia en la incriminación, y siguiendo la doctrina de la repetida sentencia, supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones»(Sentencia de 18 de junio de 1998).

Al respecto, Jose Carlos , en lo esencial, ha mantenido la misma narración desde el principio y hasta el acto de juicio oral. Jon le exhibía vídeos pornográficos, de adultos pero también salían niños, en varias ocasiones; en dos ocasiones, Jon le hizo una felación y, en una ocasión, Jose Carlos introdujo su pene en el ano de Jon . Y todo ello por la insistencia de Jon y porque le decía que, de no hacerlo, le haría daño a su madre y hermana.

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

Jose Carlos ha dado detalles como que la exhibición de pornografía es desde el principio, las felaciones por primavera-verano y la penetración ya en otoño. Lo que coincide con el cambio de domicilio del acusado a DIRECCION001 , y ya Jose Carlos , en sede de instrucción, explicó que la penetración había ocurrido "hacia unos tres meses", partiendo de la fecha de su declaración en instrucción, febrero de 2016, lo que coincide, a su vez, con lo manifestado en juicio oral.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Exposición y coherencia que ya se ha venido exponiendo a lo largo de la presente resolución. Y ello, no obstante, haberse pretendido ver contradicción en relación al testimonio de Jose Carlos por parte de la Defensa, si bien en lo esencial, exhibición de pornografía, felaciones, al menos dos, y una penetración anal, Jose Carlos lo ha mantenido a lo largo del procedimiento, persistencia que la Sala aprecia y que contrariamente a lo que sostiene la defensa no puede apreciarse que se desdibuje por la vaguedad de algunas remembranzas o ciertas impresiones en la narración, visto que los distintos y frecuentes actos que se refieren, constituyen una larga y profunda experiencia personal, que impacta como un todo en una etapa de adolescencia fundamental en el desarrollo de Jose Carlos , siendo, además, parte de las consecuencias del abuso cierta fragmentación en su discurso y falta de recuerdo de algunos episodios como han expuesto los peritos que han depuesto en el Juicio oral.

El resto de testificales practicadas en el acto de Juicio Oral, poco o nada añaden o quitan a lo expuesto hasta ahora pues los testigos que trabajaban en el Casal lo único que han venido a exponer es que Jon y Jose Carlos tenían una "relación extraña", "rara", que había ciertas sospechas pero no aclaran nada. También han puesto de relieve los problemas que había en el Casal por cuestiones ajenas al objeto del presente enjuiciamiento. Y, en cuanto a los testigos de descargo, Sres. Enrique y Josefina , sus declaraciones no desvirtúan la versión incriminatoria de Jose Carlos pues lo único que han evidenciado es que existían desavenencias entre ellos y Silvia por la sucesión en los comedores sociales así como con el testigo Sr. Sebastián por relaciones de éste, al parecer, con la madre de Jose Carlos , cuando el Sr. Sebastián tenía relación familiar con ellos, con el Sr. Enrique y la Sra. Josefina , pues eran cuñados. Pero poco o nada aportan a los hechos nucleares enjuiciados, ni desvirtúan la veracidad de la declaración de Jose Carlos .

En conclusión y por lo expuesto, consideramos que existe suficiente prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia que ampara al acusado en los términos reflejados en los hechos probados de la presente sentencia.

TERCERO.- CALIFICACION JURIDICA.

Valorada en los términos expuestos la prueba practicada, debemos entrar en el análisis de la calificación jurídica del relato fáctico.

Por el Ministerio Fiscal, se califican los hechos como:



- Un delito continuado de agresión sexual con intimidación y acceso carnal a menor de 16 años, con superioridad por afinidad de parentesco, de los arts. 183.1.2.3 y 4 en su apartado d) y 74 del CP en su redacción por LO 1/2015;
- Un delito continuado de exhibición de material pornográfico a menores, del art. 186 y artículo 74 del CP , en su redacción por LO 1/2015;
- Un delito continuado de exhibición y difusión de pornografía infantil del art. 189.1b) en relación con el art. 74 del CP .

I.- A) Para la existencia del tipo penal de agresión sexual que sostiene la Acusación, se requiere:

1º.- Que el menor sea menor de dieciséis años, según la literalidad del artículo citado en su redacción operada por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal , y aplicable al caso por estar en vigor en el momento en que se cometen los hechos, trocándose el mero abuso sexual en agresión sexual al emplearse fuerza o intimidación en la persona del menor.

2º.- Violencia o intimidación.

3º.- Un elemento objetivo, la acción proyectada sobre el cuerpo de una persona ajena.

4º.- Un elemento intencional o psicológico, representado por la finalidad libidinosa y sexual de satisfacer tales instintos, utilizando tanto el empleo de violencia física o intimidación, de manera que reiterada jurisprudencia mantiene que el atentado contra la libertad sexual se realice con violencia o intimidación, suponiendo la violencia el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima.

I.A. 1º) En cuanto al presupuesto de ser el menor, menor de 16 años, conviene traer a colación lo expuesto en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 de modificación del Código Penal, que ha dado una nueva redacción al art. 183 CP . Y así, se expone: "(...) *Se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*

Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.» En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos -donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años- y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil.

De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad -de menos de dieciocho años- pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima(...).

Respecto de la edad, ya decía el TS en sentencias anteriores a la reforma mencionada y en relación a la edad entonces establecida, 13 años, entre las que destaca la Sentencia 553/2014 de 30 de junio , que: "(...) *la norma penal establece una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento de cualquier acción sexual realizada con un menor de trece años, por estimar que la inmadurez psíquica de los menores les impide la libertad de decisión necesaria, por lo que estas acciones son constitutivas en cualquier caso de un delito de abuso sexual. La transformación en agresión sexual exige la concurrencia adicional de fuerza o intimidación en sentido propio, pues constituiría una duplicidad punitiva valorar repetidamente la minoría de edad como determinante absoluta de la tipicidad de las acciones sexuales realizadas, y adicionalmente como elemento que califica de violento o intimidativo un comportamiento que en sí mismo no reviste dicha caracterización(..) ."*



Contando Jose Carlos con la edad de 13 y 14 años en el período de los hechos, se presume su ausencia de consentimiento, no quedando acreditado, en modo alguno, y como ahora se expondrá, que prestara consentimiento libre a las acciones sexuales descritas, ni concurre proximidad de edad entre Jose Carlos y Jon ni grado de madurez, por lo que no es de aplicación el art. 183 quarter.

I. A. 2º) En cuanto a la intimidación, tiene dicho el TS en Sentencia de 15 de Diciembre de 2015 , entre otras: "*(...)Como recuerda la STS 355/2015 de 28 de mayo (RJ 2015 , 2491) , que cita a su vez la 609/2013 de 10 de julio (RJ 2013, 7723) , la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013 (RJ 2013, 7723)). (...)" Que "(...) Como recuerda STS 667/2008 de 5 de noviembre (RJ 2009, 555) , la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (SSTs de 05 de abril de 2000 (RJ 2000 , 2528) , de 4 (RJ 2000, 7922) y 22 de septiembre de 2000 (RJ 2000 , 8082) , 9 de noviembre de 2000 , 25 de enero de 2002 (RJ 2002, 3354) , 1 de julio de 2002 y 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 715)). La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. Y añade que la voluntad de los niños es más fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante sí las adquieren frente a la voluntad de un menor(...)", el subrayado es nuestro.*

Esta Sala entiende acreditada la existencia de intimidación por cuanto ha quedado probado, Jose Carlos accede a las felaciones, a la penetración anal y a presenciar masturbaciones de Jon viendo pornografía, adulta e infantil, por cuanto Jon le dice que si no lo hace, hará daño a su madre y hermana. Debe tenerse en cuenta que en el momento de ocurrir los hechos, como ha manifestado Jon y también su madre, Encarnacion , ésta estaba enferma o había tenido algún accidente. Se hallaban en una situación en la que habían tenido que acudir a un comedor social, su madre había perdido la casa y tenía que vivir en un lugar muy pequeño, lo que provocó que Jose Carlos fuera a vivir con Jon . También explicó Encarnacion que tenían problemas de salud y de dinero y que venía de una separación. En esta situación, poco favorable para el menor, que contaba con 13 y 14 años en el período de los hechos, la amenaza proferida por Jon , devino en causa determinante para que Jose Carlos no se opusiera a las acciones sexuales que le hacía o le pedía Jon . Incluso en el acto de juicio oral el propio Jose Carlos ha manifestado, todavía, tener miedo a las represalias que pueda realizar Jon . En este sentido también se pronunció la psicóloga Marí Jose que explicó que Jose Carlos le dijo que Jon le amenazaba con hacer daño a su familia y que Jose Carlos sigue teniendo miedo a las represalias. En idéntico sentido se pronuncia el informe pericial de las técnicas NUM006 y NUM007 y así lo han manifestado en el acto de juicio oral al exponer que Jose Carlos se adaptó a la situación porque tenía que ser así, pues si no, su madre y hermana corrían peligro. En definitiva, nos hallamos ante una intimidación idónea para vencer la resistencia de la Jose Carlos , es decir, si no se prestaba a ver la pornografía, a presenciar las masturbaciones de Jon , a permitir las felaciones o no penetraba a Jon , éste haría daño a su madre y hermana, lo que supuso el anuncio de un mal posible e inminente, con entidad objetiva y suficiente gravedad para vencer la resistencia de un niño de 13 y 14 años, cuando procede precisamente de la persona encargada de su cuidado, con el que convive y con quien se encuentra a solas.

I.A.3º) En cuanto al elemento objetivo, se han producido, al menos, 2 felaciones de Jon a Jose Carlos y una penetración anal de Jose Carlos a Jon , así como masturbaciones varias de Jon en presencia de Jose Carlos . Por tanto, concurren actos de carácter sexual(masturbaciones) así como acceso carnal. (felaciones y penetración anal). Al respecto, ya el TS en el Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005 acordó que, a estos efectos, "*es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder*", acuerdo que ya fue aplicado en algunas sentencias como la STS 476/2006 de 2 de mayo (RJ 2006, 3106) en la que se dice lo siguiente: "*Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO 11/99 (RCL 1999, 1115) suprimió esa distinción para referirse ahora a "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal", lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal*



supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo." Y la STS de 15.12.2016 establece: "(...)De acuerdo con doctrina de esta Sala, unánime desde el Pleno no Jurisdiccional de 25 de mayo de 2005 (JUR 2005, 167140) (SSTS 909/2005 de 8 de julio (RJ 2005, 8990) , 476/2006 de 2 de mayo (RJ 2006, 3106) , 1295/2006 de 13 de diciembre (RJ 2007, 1741) , 575/2010 de 10 de mayo (RJ 2010, 5181) y 803/2014 de 12 de noviembre (RJ 2014, 5915) o 299/2016 de 11 de abril (RJ 2016, 1244)), es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder. En definitiva habrá acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo ("sujeto pasivo" del delito, pero no de la "relación" ni del "acceso" en los que ostenta el papel de "sujeto activo") a introducirle, en este caso, el pene en la boca(...)". Por tanto, también concurre el elemento objetivo del tipo.

I.A.4º) En cuanto al elemento subjetivo, que tiñe de antijuridicidad la conducta y que se expresa en el clásico «ánimo libidinoso» o propósito de obtener una satisfacción sexual, generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente lo que la explica. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Como ya expresaba la STS de 7.6.2000, "(...)En efecto, este delito no requiere un especial elemento subjetivo consistente en un «ánimo libidinoso», diverso del dolo. Es suficiente con que el autor haya sabido que realizaba una acción sexual contra la voluntad del sujeto pasivo, con el propósito de lograr, mediante violencia, el acceso carnal. Este conocimiento no se ve afectado por ninguna de las circunstancias que pueden excluir o disminuir la capacidad de culpabilidad. Como es sabido, la responsabilidad penal se estructura, en los conceptos que ha establecido nuestra jurisprudencia, sobre la distinción entre la voluntad de realización y la dirección de los impulsos de acuerdo con las normas. El dolo del delito pertenece a la primera categoría y no resulta, por lo tanto, afectado por la exclusión o la disminución de la capacidad de culpabilidad (...)". En el presente supuesto concurre dicho elemento toda vez que el acusado, para conseguir que Jose Carlos cediera a sus pretensiones, le amenazaba con causar mal a su madre y hermana, por tanto deviene en acción que únicamente puede ser voluntaria y consciente por parte del acusado.

I. B.- Por parte de la acusación se han calificado los hechos como supuesto agravado del apartado d) del número 4, del art. 183 CP, esto es, "Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima", alegando que Jon abusó de superioridad por cuanto Jon se hizo imprescindible para Jose Carlos y su familia.

Respecto de esta agravación, la STS 8/2001 de 12 de enero (RJ 2001, 168) ó la STS 393/2003 (RJ 2003, 2906) estimaron "(...)la compatibilidad de ser la víctima menor de 13 años y el prevalimiento del 181-3º por ser el abusador ascendiente de la víctima. En definitiva se trata de verificar la existencia de una doble y diferente realidad que justifique el plus de culpabilidad y de punición(...)".

Según la Jurisprudencia (STS 19 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3413) y núm. 1104/2000, de 26 de junio (RJ 2000, 6074)) " Al tratarse de hechos cometidos con violencia o intimidación, el prevalimiento contemplado en el precepto, apoyado en la relación de parentesco o de superioridad, no puede entenderse orientado a obtener el consentimiento, que siempre estaría viciado, de la víctima, sino que debe valorarse como el aprovechamiento de una situación más favorable para la comisión del delito como consecuencia de aquella relación, lo que determina una mayor antijuridicidad y culpabilidad, pudiendo influir también en la intensidad de la fuerza o intimidación necesarias para superar la inicial resistencia de la víctima".

Se daba así la situación fáctica propia del prevalimiento, concebida jurisprudencialmente como una agravación punitiva fundamentada en la facilidad que proporciona para la ejecución del hecho delictivo la situación de superioridad y cuasifamiliar que concurre en el caso concreto, lo que implica que la conducta delictiva sea perpetrada con un plus de antijuridicidad y de culpabilidad que justifica la exasperación de la cuantía de la pena (SSTS. 380/2004, de 19-3 (RJ 2004, 3413) ; 984/2012, de 10-12 (RJ 2013, 1270) ; 224/2014, de 25-3 ; y 540/2015, de 24-9 (RJ 2015, 4026)).

O la STS de 19 de julio de 2016 que dice: "(...) Hay que recordar que la razón de ser de la agravante de prevalimiento se justifica por el plus de antijuridicidad y culpabilidad que denota una agresión sexual en el marco de una relación familiar o cuasi familiar por la mayor facilidad que dicho escenario supone, la mayor indefensión de la víctima, confiada en la persona de su agresor y "por el quebrantamiento de los especiales deberes de respeto y dignidad que se derivan" (STS 540/2015 de 24 Sep (RJ 2015, 4026)), por lo que si la acción ilícita se realiza en el marco de una relación parental o cuasiparental con pleno conocimiento de ello, y el autor se



aprovecha de ello, se está en el caso de aplicar el subtipo agravado. En el caso de autos, la asimetría de la relación entre acusado y víctima, en edad, fuerza física y autoridad, como padraastro de hecho, se traducía en una indudable superioridad del acusado de la que éste hizo abuso a los fines de favorecer sus apetitos sexuales (...)".

En nuestro caso, como ha sido declarado probado, la relación entre Jon y Jose Carlos devino cuasi parental, y así lo han afirmado tanto uno como otro. Incluso las peritos y la testigo Marí Jose también lo han afirmado. Jose Carlos vivía con Jon, de facto, y éste se ocupaba de Jose Carlos, de llevarle al colegio, de recogerle, de prepararle la ropa etc... Se da así la situación fáctica propia del prevalimiento, concebida jurisprudencialmente como una agravación punitiva fundamentada en la facilidad que proporciona para la ejecución del hecho delictivo la situación de superioridad y cuasifamiliar que concurre en el caso concreto, lo que implica que la conducta delictiva sea perpetrada con un plus de antijuridicidad y de culpabilidad que justifica la exasperación de la cuantía de la pena (SSTS. 380/2004, de 19-3 (RJ 2004, 3413); 984/2012, de 10-12 (RJ 2013, 1270); 224/2014, de 25-3; y 540/2015, de 24-9 (RJ 2015, 4026)). En definitiva, se da esa situación de superioridad y de relación cuasifamiliar en la ejecución de los hechos contra la libertad sexual perpetrados en un domicilio común en el que el rol del acusado, a tenor de las circunstancias anteriormente expuestas, albergaba las connotaciones propias del prevalimiento.

En conclusión, en cuanto a los hechos que estamos analizando (masturbaciones, felaciones y penetración anal), son constitutivos de delito de agresión sexual a menor de 16 años, con acceso carnal, con prevalimiento, del art. 183.1, 2, 3 y 4 d) del CP.

I.C.- La Acusación entiende la concurrencia del mencionado delito en continuidad delictiva.

Esclarecedora al respecto es la STS de 18 de noviembre de 2016, remitiéndose a otras anteriores, en la que expone, al respecto de la continuidad delictiva en este tipo de delitos: "*(...)La STS 355/2015, de 28 de mayo (RJ 2015, 2491) describe, las posibles hipótesis: <<En las SSTS 463/2006, de 27 de abril (RJ 2006, 2256), 609/2013, de 10 de julio (RJ 2013, 7723) y 964/2013, de 17 de diciembre (RJ 2014, 369), se clasifican los diversos supuestos señalando:*

"En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar:

a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena.

b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta, intimidatoria o de prevalimiento, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva.

c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos". Es decir, que debe aplicarse el delito continuado ante "...una homogeneidad de actos 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 en circunstancias semejantes" (STS de 18 de Junio de 2007 (RJ 2007, 4748)) >> (...)"

En nuestro caso, concurre la continuidad delictiva, al estarse ante un conjunto de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa, en la que se ataca al mismo sujeto pasivo, y que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedece a un dolo único o unidad de propósito, con el aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo. A este respecto enseña la sentencia del Tribunal Supremo nº28/2015, de 22 de enero (RJ 2015, 618) "*Tiene declarado esta Sala (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 Sentencia de esta Sala 609/2013, de 10 de julio, en la que se declara 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 1º 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 (RJ 2001, 9034))".

II.- En relación al delito continuado de exhibición de material pornográfico a menores, del art. 186 y artículo 74 del CP , en su redacción por LO 1/2015, sostenido por las acusaciones:

El delito de provocación sexual del art.186 del C. Penal , en su modalidad de exhibición de material pornográfico entre menores de edad, teniendo en consideración que en estos tipos no es exigible un dolo específico de involucrar al menor en un contexto sexual, basta simplemente que realice esa conducta a su vista, siendo el bien jurídico protegido el derecho a no sufrir injerencias no deseadas en una esfera de la intimidad tan exclusiva de la persona, a no verse por tanto inmersa en una acción o escena sin su consentimiento, con posible perjuicio en su indemnidad sexual y en el ejercicio futuro de su libertad en este aspecto de su intimidad.

La doctrina del Tribunal Supremo - STS 3.10.2007 - huyendo de formulaciones marcadas por preconcepciones de tipo moral o simplemente subjetivas, ha anudado valor típico a aquellos materiales gráficos que adquieren potencial para perturbar los propios procesos sensitivos y mentales sobre la sexualidad de los destinatarios menores cuando de lo que se trata es de imágenes de explícito contenido o dimensión sexual.

Jose Carlos ha declarado, como hemos dicho, que Jon le hacía ver películas pornográficas donde salían adultos y otras en las que salían adultos y menores, siendo que entonces Jose Carlos contaba con 13 ó 14 años de edad. Por lo tanto, los hechos integran el delito del artículo 186 del Código Penal . Y estos actos se ejecutaban de manera separada con los demás que integraban las agresiones sexuales.

Igualmente, el delito se ha perpetrado de forma reiterada, en múltiples ocasiones, por lo que de aplicarse el artículo 74 del Código Penal por los mismos motivos antes expuestos.

III.- Finalmente en cuanto al delito continuado de exhibición y difusión de pornografía infantil del art. 189.1b) en relación con el art. 74 del CP , también concurre en el presente supuesto en cuanto exhibición. Jose Carlos ha manifestado que Jon le hacía ver vídeos de pornografía, no sólo adulta, sino también infantil, explicando que, a veces, aparecían adultos y otras veces adultos y niños, aunque en menor medida.

El delito previsto en el art. 186 CP , en lo que aquí interesa, prevé la exhibición de material pornográfico a menores de edad, y se halla regulado en el capítulo relativo al exhibicionismo y provocación sexual. Sin embargo, en esa exhibición no se exige que la pornografía sea infantil, es decir, que aparezcan menores, bien solos, entre menores o con adultos representando acciones sexuales. Sin embargo, el delito previsto en el art. 189.1b) CP exige que la exhibición lo sea de pornografía infantil, y se halla regulado en el capítulo relativo a prostitución, explotación y corrupción de menores. Por tanto, nos hallamos ante delitos distintos aunque tengan como denominador común, la exhibición de pornografía, pues el delito del art. 186 CP se produce cuando la pornografía se exhibe a menores de edad, en tanto que el delito del art. 189.1b) CP se produce cuando se exhibe pornografía infantil, bien a mayores o bien a menores. En nuestro caso, dado que Jon exhibe a Jose Carlos , no sólo vídeos de pornografía adulta sino también de pornografía infantil, pues Jose Carlos así lo ha especificado distinguiendo que, en ocasiones salían sólo adultos y otras veces adultos y niños, la exhibición de ambos tipos de pornografía, adulta y de menores, a menor de edad, son acciones distintas y tienen encaje en distintos preceptos el CP, por lo que han de ser penadas ambas acciones.

Ambas infracciones, la de provocación sexual y la de corrupción de menores, se produce en régimen de continuidad delictiva, por cuanto fueron varias las ocasiones en las que Jon mostró vídeos de pornografía, adulta e infantil, a Jose Carlos .

El elemento subjetivo de ambos delitos, fluye de la propia acción del acusado, que se masturbaba en ocasiones cuando veía estos vídeos con Jose Carlos , lo que evidencia su ánimo de satisfacción sexual con tales acciones.

Sin embargo, la Sala no puede proceder a condenar al acusado por distribución de pornografía infantil, toda vez que la base fáctica para dicha condena, no ha sido plasmada por la Acusación en su calificación definitiva, y ello a pesar de que de la prueba practicada ha quedado acreditado que el acusado, a través de EMULE, tenía descargas activas, compartidas con otros usuarios, como pone de manifiesto el informe pericial y los Agentes



que han depuesto en el acto de juicio oral, siendo su contenido pedófilo o bien conteniendo nomenclatura pedófila en sus títulos(sobre distribución de pornografía infantil a través de EMULE, entre otras, STS 29 de Diciembre de 2015). Baste ahora recordar la doctrina reiterada del TS, ya desde antiguo, [SS. de 7-11-1989 (RJ 1989\8579), 6-6-1990 (RJ 1990\5144), 21-9-1990 (RJ 1990\7208), 6-6-1991 (RJ 1991\4531), y 20-9-1991 (RJ 1991\6502), entre otras muchas] y del Tribunal Constitucional [12/1981 de 10-4 (RTC 1981\12), 105/1983 de 23-11 (RTC 1983\105), 205/1989 de 14-12 (RTC 1989\205), 168/1990 de 5-11 (RTC 1990\168) y 47/1991 de 28-2 (RTC 1991 \47), entre otras] relativa a la eficacia delimitadora que, respecto del objeto del proceso impone el contenido de la relación de hechos en que las partes acusadoras apoyan sus imputaciones, razón por la cual el Tribunal no puede llevar a la sentencia por su propia iniciativa ningún dato fáctico que no hubiera sido antes acogido por alguna de las acusaciones, por más que haya sido probado, cuando dicho dato es contrario al reo por utilizarse para fundar la responsabilidad penal o su agravación.

QUINTO.- AUTORIA Y PARTICIPACION.

De los dos delitos mencionados es responsable criminalmente, en concepto de autor, el acusado Jon , por haber realizado directa y materialmente los hechos que los integran, conforme a artículos 27 y 28 del CP , siendo que de la prueba practicada, a que precedentemente se ha hecho mérito, enerva la presunción de inculpabilidad del acusado.

SEXTO.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

No concurren en el acusado circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

SEPTIMO.- En trance de individualizar la pena a imponer a Jon , debemos distinguir:

I.- Por el delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años con superioridad, del art. 183.1 , 2 , 3 y 4 d) CP en relación con el art. 74 CP , y no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, conforme al art. 66.6ª CP , procede imponer la pena en la extensión que se estime adecuada, atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. En el presente supuesto, el acusado ya fue condenado por delitos de naturaleza sexual, y aunque no puede apreciarse reincidencia porque los antecedentes se hallan cancelados, sin embargo tal circunstancia, en cuanto del acusado, debe ser valorada en la individualización de la pena. De conformidad con lo establecido en el art. 183.1 , 2 , 3 y 4 d) CP la horquilla penológica a imponer se situaría en la mitad superior de la pena prevista en el apartado tercero(prisión de 12 a 15 años), esto es, de 13 años 6 meses y 1 día a 15 años de prisión. Por aplicación del art. 74 CP , dicha pena procede en su mitad superior, esto es, 14 años, 3 meses y 1 día a 15 años de prisión. Por tanto, la pena a imponer en su mínimo legal sería de 14 años 3 meses y 1 día, si bien la Sala estima que no procede imponer tal mínimo legal por las circunstancias expuestas del acusado, procediendo en su consecuencia la imposición de la pena de 14 años y 6 meses de prisión. Dicha pena conllevará, como accesoria, conforme al art. 55 del CP , la de inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la condena.

II.- Por el delito de exhibición de material pornográfico a menores de edad, del art. 186 CP , aplicando idénticos razonamientos que en el apartado anterior, y optando por la pena de prisión y no la de multa, por cuanto de nada ha servido al acusado las previas condenas a pena de prisión para alejarse del delito, la horquilla penológica por aplicación del art. 66.6ªCP y art. 74 CP , oscilaría de 9 meses y 1 día a 12 meses de prisión, procediendo imponer por este delito la pena de 10 meses y 15 días de prisión. Por aplicación del art. 56 CP , la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

III.- Por el delito de exhibición de material pornográfico infantil, del art. 189.1b) CP , aplicando los razonamientos expuestos, la horquilla penológica se situaría entre 3 años y 1 día a 5 años de prisión, por la continuidad delictiva. Habiendo interesado el Ministerio Fiscal una pena muy próxima al mínimo legal, 3 años y 3 meses de prisión, procede imponer esta pena. Por aplicación del art. 56 CP , la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el Ministerio Fiscal, se ha interesado, de conformidad a lo prevenido en el art. 57.1 en relación con el art. 48 del C. Penal , POR CADA UNO DE LOS DELITOS, la prohibición al acusado de acercarse a menos de 500 metros de Jose Carlos , a su domicilio, lugar escolar, de estudios, trabajo, ocio, esparcimiento o donde quiera que se encuentre por un período de 10 años, así como de comunicarse con el mismo por cualquier medio directo o indirecto por el mismo período. Pues bien, en el presente supuesto, esta Sala considera que concurren los presupuestos necesarios para imponer esta pena, toda vez que no ha de olvidarse que Jose Carlos sigue siendo menor de edad, el miedo que presente al menor, expuesto no sólo por él sino por las técnicas NUM006 y NUM007 y la psicóloga que le trata Marí Jose , además de constar las negativas consecuencias en su desarrollo que le han producido los hechos.



Por el Ministerio Fiscal también se ha interesado, de conformidad con el art. 192 del CP , la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por tiempo de 5 años y medida de libertad vigilada por tiempo de 8 años.

De conformidad con el art. 192.1 CP procede imponer al acusado la medida de libertad vigilada por el tiempo de 8 años, a ejecutar tras el cumplimiento de la pena de prisión que se impone, atendiendo al número de delitos por los que se le condena y la continuidad delictiva de cada uno de ellos.

De conformidad con el art. 192.3 párrafo segundo CP , también procede imponer al acusado la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por tiempo de 22 años(3 años 5 meses y 15 días por encima de las penas privativas de libertad impuestas).

OCTAVO.- De conformidad a lo prevenido en los arts. 109 y siguientes del Código Penal , y habiendo interesado el Ministerio Fiscal, indemnización en concepto de responsabilidad civil a favor de Jose Carlos , en la cantidad de 12.000 euros, para decidir sobre esta cuestión es preciso referirse a la STS de 15 de Abril de 2010 , la cual incide en la dificultad a la que se enfrentan los órganos judiciales en estos casos, dado que no se suele disponer de una prueba que permita cuantificar, con criterios económicos, la indemnización que procede. Por ello, plantea como elementos para fijar la indemnización de una magnitud muy diversa y no homologable, la gravedad e los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como a las circunstancias personales de los intervinientes.

En nuestro supuesto es procedente imponer la responsabilidad civil correlativa al daño moral y secuelas ocasionado a Jose Carlos ; perjuicios morales que fluyen naturalmente del propio atentado perpetrado contra la libertad sexual de la víctima acontecido de manera reiterada. Jose Carlos se halla en tratamiento psicológico y presenta actitudes muy sexualizadas para su edad como consecuencia de los hechos enjuiciados, requiriendo de terapia y un largo trabajo, para recuperar su estabilidad emocional, social y de desarrollo, como ha puesto de manifiesto la psicóloga que le trata.

En atención a lo expuesto, este Tribunal estima fijar la mencionada responsabilidad en la cuantía de 12.000 euros. (cfr. SSTs 21-4-07 ; 10-1-1989 ; 8-7-1986 (RJ 1986 , 3902) ; 10-7-1987 ; 15-2-1991 (RJ 1991 , 1075) ; 25-2-1992 (RJ 1992, 1472) y 9-4-2003 (RJ 2003, 5185). Cantidad que devengará los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC .

NOVENO.- Por el Ministerio Fiscal se ha interesado sea deducido testimonio de la declaración de Indalecio , por si los hechos que ha relatado pudieran ser constitutivos de delito. A tenor de la declaración de este menor, procede deducir el testimonio interesado, para el esclarecimiento de los actos de naturaleza sexual que Indalecio ha relatado que le ocurrieron con Jon .

DECIMO.- Que con arreglo a lo dispuesto en el art. 123 del C. Penal , es preceptiva la imposición de costas al acusado.

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

FALLO

Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Jon :

1º.- Como autor responsable de UN DELITO CONTINUADO DE AGRESION SEXUAL CON ACCESO CARNAL A MENOR DE 16 AÑOS, CON SUPERIORIDAD, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a la pena de 14 años de prisión, inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena así como prohibición al acusado de acercarse a menos de 500 metros de Jose Carlos , a su domicilio, lugar escolar, de estudios, trabajo, ocio, esparcimiento o donde quiera que se encuentre por un período de 10 años, así como de comunicarse con el mismo por cualquier medio directo o indirecto por el mismo período.**

2º.- Como autor de UN DELITO CONTINUADO DE EXHIBICION DE MATERIAL PORNOGRAFICO A MENOR DE EDAD ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las penas de 10 meses y 15 días de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, prohibición al acusado de acercarse a menos de 500 metros de Jose Carlos , a su domicilio, lugar escolar, de estudios, trabajo, ocio, esparcimiento o donde quiera que se encuentre por un período de 10 años, así como de comunicarse con el mismo por cualquier medio directo o indirecto por el mismo período**

3º.- Como autor de UN DELITO CONTINUADO DE EXHIBICION DE MATERIAL PORNOGRAFICO INFANTIL ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las penas de**



3 años y 3 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, prohibición al acusado de acercarse a menos de 500 metros de Jose Carlos , a su domicilio, lugar escolar, de estudios, trabajo, ocio, esparcimiento o donde quiera que se encuentre por un período de 10 años, así como de comunicarse con el mismo por cualquier medio directo o indirecto por el mismo período.

4º.- Se impone al Jon la medida de libertad vigilada por el tiempo de 8 años, a ejecutar tras el cumplimiento de las penas de prisión que se imponen.

5º.- Se impone a Jon la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por tiempo de 22 años.

6º.- Jon deberá indemnizar a Jose Carlos en la cantidad de 12.000 euros en concepto de responsabilidad civil, con más los intereses legales del artículo 576 LECiv .

7º.- Al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, les serán de abono los días de privación de libertad sufridos por la presente causa.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales.

Dedúzcase testimonio de la declaración del menor Indalecio por si los hechos relatados por el mismo en relación a Jon pudieran ser constitutivos de delito.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndolas que la misma no es firme y contra ella podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recurso que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la notificación.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/ a que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.