

**Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid**

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 12 - 28035

Teléfono: 914934418,914933800

Fax: 914934420

A

37051530

**N.I.G.:** 28.079.00.1-2016/0118076

**Procedimiento Abreviado 1397/2018**

**Delito:** Acoso sexual

**O. Judicial Origen:** Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid

**Procedimiento Origen:** Procedimiento Abreviado 1956/2016

**SENTENCIA Nº 716/18**

Ilmas Sras. Magistradas de la Sección 29ª

Dª PILAR RASILLO LÓPEZ (Ponente)

Dª LOURDES CASADO LÓPEZ

Dª ANA ROSA NÚÑEZ GALÁN

En MADRID, a doce de diciembre de dos mil dieciocho

Vista en juicio oral y público, ante la Sección Vigésima Novena de esta Audiencia Provincial la causa registrada al número de Rollo 1397/18, instruida bajo el número 1956/16, procedente del Juzgado de Instrucción 53 de Madrid y seguida por los trámites del Procedimiento Abreviado Procedimiento, por delitos de abuso sexual a menor y ciberacoso sexual a menor, contra el acusado **D. DANIEL JOSÉ SANTOMÉ LEMUS**, mayor de edad, nacido el día 31/10/1996, en Santa Cruz de Tenerife, hijo de Juan José y María Sabrina, con DNI número XXXXXXXXXXXX, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa; habiendo sido partes EL MINISTERIO FISCAL, representado por la Ilma. Sra. Dª Aida Teresa García Álvarez y el referido acusado, representado por Procuradora Dª Consuelo Rodríguez Chacón y defendido por Letrado D. Andreu Pereda Roig. Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Pilar Rasillo López quien expresa el parecer del Tribunal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de a) un delito de ciberacoso sexual infantil del artículo 183 ter 1 Código Penal y b) un delito de abuso sexual a menor de 16 años del artículo 183.1 Código Penal, de los que es autor el acusado agresión sexual del artículo 183.1 y 2 CP, de los que es responsable criminal el acusado en concepto de autor el acusado D. DANIEL JOSÉ SANTOMÉ LEMUS, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando las siguientes penas:

- por el delito a) la pena de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para empleo, cargo público o ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con menores de edad por tiempo de 5 años, de conformidad con el artículo 192.3 CP y libertad vigilada durante 2 años conforme a lo dispuesto en el artículo 192.1 CP y en relación con el artículo 106 1, j del mismo texto legal, con la obligación de participar en programa orientativo de educación sexual. De conformidad con el artículo 57.1 CP prohibición de aproximarse a L.G.L. tanto a ella como a su domicilio, lugar de trabajo o lugares que frecuente, así como de comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento durante cuatro años.

- por el delito b) la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para empleo, cargo público o ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con menores de edad por tiempo de 6 años, de conformidad con el artículo 192.3 CP y libertad vigilada durante 2 años conforme a lo dispuesto en el artículo 192.1 CP y en relación con el artículo 106 1, j del mismo texto legal, con la obligación de participar en programa orientativo de educación sexual. De conformidad con el artículo 57.1 CP 1 prohibición de aproximarse a L.G.L. tanto a ella como a su domicilio, lugar de trabajo o lugares que frecuente, así como de comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento durante cinco años.

-Abono de las costas.

**SEGUNDO.**- La defensa solicitó la libre absolución del acusado.

## **HECHOS PROBADOS**

De la apreciación en conciencia de la prueba practicada resulta probado y así lo declaramos que la menor L.G.L., nacida el 09/17/2001, con domicilio en Parla (Madrid), circunstanciada en la causa, en el verano del año 2015 comenzó a seguir por las redes sociales al acusado D. DANIEL JOSÉ SANTOMÉ LEMUS, mayor de edad, nacido el día 31/10/1996, sin antecedentes penales, youtuber conocido como Dalas Review. A raíz de un comentario que la menor hizo en defensa del acusado, éste le contestó personalmente, comenzando el contacto entre ellos, que pasó a ser diario y desde septiembre de 2015, por Skype y WhatsApp. En el curso de esta relación, en la que el acusado conoció que L. tenía 13 años de edad y envió a la menor L.G.L. una fotografía con el torso desnudo que él ya había colgado tiempo atrás en su página de Twitter y solicitó a L. que le enviara alguna fotografía suya.

Como quiera que el acusado, que vivía en Barcelona, el 26 de enero de 2016 iba a venir a Madrid para la firma de un libro en la librería “La Casa del Libro”, sita en C/ Gran Vía de esta capital, quedó con L.G.L. para conocerse. Ésta acudió con dos amigas y tras saludar personalmente a D. DANIEL JOSÉ SANTOMÉ LEMUS, L. se marchó porque se le hacía tarde. El acusado, por su parte, pasó a la oficina de la librería y solicitó al personal de marketing que avisaran a L. para que estuviera con él un rato, si bien no la encontraron, llamándola el acusado por teléfono, sin lograr hablar con ella.

El acusado y L.G.L. continuaron sus contactos, quedando nuevamente para verse personalmente el día 8 de febrero de 2016, con ocasión del viaje que Dalas tenía que hacer para hablar con la editorial, viéndose la tarde de ese día en la Estación de Atocha.

No ha quedado probado que el acusado y la menor se besaran en la boca ni que después se fueran al Retiro y allí, comenzara a besarla y la tocara por la zona vaginal y el pecho y le propusiera mantener relaciones sexuales y le dijera que “me gustaría que la primera vez fuera conmigo”, “me gustaría follarte” y “me gustaría comerte el coño”.

El acusado y L.G.L. continuaron después manteniendo contacto por las redes sociales, por Skype y por WhatsApp hasta el mes de abril, sin que haya quedado probado que propusiera a la menor quedar de nuevo con él.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- Con carácter previo debemos señalar que en la sentencia omitimos la filiación completa de la menor denunciante, así como de la menor testigo M.F.C., nacida el 26/07/2001, para preservar la intimidad de estas menores, en cumplimiento con la Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril). Las menores están identificadas en la causa, siendo conocido por el acusado su identidad, por lo que esta referencia a las mismas en esta sentencia por sus iniciales, consideramos que no supone ninguna limitación de los derechos del acusado y sin embargo, es adecuada para la protección de las menores.

**SEGUNDO**.- El punto de partida de toda sentencia penal es la presunción de inocencia, que debe entenderse como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas lo que implica que la sentencia condenatoria debe expresar las que sustentan la declaración de responsabilidad del condenado, constituyendo verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y la Constitución y generalmente practicadas en el acto del juicio oral con todas las garantías. Igualmente son exigencias de dicho derecho fundamental las relativas a quién debe aportar las pruebas, en qué momento y lugar deben practicarse las mismas, qué debe entenderse como prueba legal y constitucionalmente válida, necesidad que la valoración probatoria se someta a las reglas de la lógica y la experiencia, lo que conlleva la obligación de motivar o razonar el resultado de dicha valoración (S.S.T.C. 111/99 y las numerosas Sentencias citadas en la misma o 209 y 222/01). La prueba de cargo, además, debe estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de la condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva, y a la participación en dichos hechos del acusado, lo que constituye el ámbito propio de este derecho fundamental (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989, 30 de septiembre de 1993, 30 de septiembre de 1994 y 10 de octubre de 1997).

Conviene recordar en este momento dos principios consustanciales a nuestro derecho penal, cuales son, de una parte el citado principio de presunción de inocencia, que da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida -que es la obtenida en el juicio (salvo las excepciones constitucionalmente admitidas)-, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002 , de 28 de enero y STS 213/2002, de 14 de febrero).

De otra, el principio "*in dubio pro reo*", que viene a imponer al órgano enjuiciador la libre absolución del acusado cuando le asalte la duda de cuál fue la verdad de los hechos materiales objeto de acusación y la participación que en ellos pudo tener el acusado.

El convencimiento del Juez o Tribunal sentenciador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aun cuando esta sea la propia víctima (ss. T.S. 19-1, 27-5 y 6-10-88, 4-5-90, 9-9-92, 13-12-92, 24-2-94, 11-10-95, 29-4-97, 7-10-98 y; TC. 28-2-94).

En efecto, como señala la STS 607/2007, de 10-7, la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del T.S. (ss. 706/2000 y 313/2002) como del TC. (ss. 201/89, 173/90, 229/9). Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

El Tribunal Supremo (STS 174/2016, de 2 de marzo, por todas) viene declarando que *“la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una*

*prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose el grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario*". Es por ello, que el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: la credibilidad subjetiva, la credibilidad objetiva y la persistencia en la incriminación.

Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

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, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre (STS 215/2016, de 15 de marzo).

**TERCERO.**- La prueba de cargo de los hechos enjuiciados es la declaración testifical de la menor víctima L.G.L., dado el contexto de intimidad en el que, según relata, se han producido los abusos y el ciberacoso sexual denunciados.

En cuanto a los abusos, relata L.G.L. que el día 8 de febrero de 2016 se vio con D. DANIEL JOSÉ SANTOMÉ LEMUS, quien se había desplazado a Madrid para hablar con la editorial de su libro. El encuentro fue en la estación de trenes de Atocha, donde dice que se besaron, yendo al Retiro, donde se sentaron en un banco y el acusado comenzó a besarla, mientras le tocaba por la zona vaginal y por el pecho por encima de la ropa y le decía “*me gustaría que la primera vez fuera conmigo*”, “*me gustaría follarte*” y “*me gustaría comerte el coño*”.

Por lo que se refiere al ciberacoso sexual, L.G.L. dice que a partir de un determinado momento, que no logra identificar, el acusado comenzó a decirle que existía una fuerte tensión sexual entre ellos, que quería verla y besarle y que cuando ella le recalco su edad, él le dijo que no importaba, que no era ilegal y que la policía no iba a investigar todas las conversaciones privadas de todas las parejas. El acusado le pidió que le enviara fotos y aunque manifiesta que no le dijo que fueran desnuda, ella tiempo después se ha dado cuenta que lo que pretendía eran fotografías suyas desnuda pues las fotos que él le envió a ella aparecía el acusado con el torso desnudo, si bien reconoce a preguntas de la defensa que dos eran fotografías que él ya había publicado en redes sociales y que las otras dos ella no las había visto antes. Finalmente L.G.L. dice que el acusado le dijo que borrara las conversaciones que mantenían, lo que no hizo la menor, quien en su denuncia manifestó que no obstante, después las borró de forma causal (folio 4), no aportando ni a la policía ni al Juzgado conversación alguna, pese a que le fueron solicitadas. Sorprendentemente, en juicio manifiesta que lo que se borraron fueron las conversaciones por Skype, pero que conserva todos los WhatsApp y los Twitter, que no ha aportado a la causa.

Centrándonos en los supuestos abusos, la menor ha mantenido la misma versión en todas las declaraciones que ha prestado en el procedimiento. Por lo que, en principio, se cumpliría el criterio de la persistencia. Ahora bien, debe destacarse la brevedad del relato, no aportando la menor muchos detalles. Siempre se ha limitado a decir que en la estación se besaron y que en el parque del Retiro, se besaron y el la tocó la parte genital y el pecho, por encima de la ropa. En ningún momento relata cual fue la zona que primero le tocó el acusado, ni la forma en que lo hizo, ni la forma en que la besa. Consideramos

que esta circunstancia de ausencia de detalles de la narración de los abusos denunciados, que según la versión de la denunciante se produjeron durante unas dos horas (tiempo en el que estuvo con el acusado en el Retiro), es importante tenerla en cuenta dada su estrecha relación con la persistencia, pues en un relato tan breve y sencillo parece que será más difícil que haya declaraciones contradictorias.

En cuanto a un posible interés secundario, sinceramente no creemos que la declaración de la menor forme parte de un complot concertado con la que fuera novia del acusado –D<sup>a</sup> María Rubio- y con las otras dos chicas que han depuesto en juicio, como sostiene el acusado. Esa manifestación solo es un recurso de defensa, legítimo desde los principios del artículo 24 CE, pero que no compartimos.

Dicho esto, lo que ha quedado probado que en marzo de 2016 el acusado rompió su relación de noviazgo con D<sup>a</sup> María Rubio, conocida como Miare, tal como se ha reconocido por ambos. A raíz de esa separación, Miare inició el contacto con otras jóvenes que habían tenido alguna relación con el acusado y que se sentían desengañadas por él, tratándose de D<sup>a</sup> Camila y de la menor M.F.C, que han comparecido como testigos, y la menor aquí denunciante. L.G.L. declara que se puso en contacto con Camila, porque era una chica a la que le había pasado algo parecido a lo que le sucedió a ella y que se lo contó todo y después a las otras, aunque sin detalle; si bien al final de su declaración en juicio, al ser preguntada por la defensa porqué en el WhatsApp de mayo no hacía referencia al episodio del Retiro, la menor contestó que “*quería guardárselo para ella, no quería dar detalles a nadie*”, lo que es contradictorio con la anterior manifestación. Formaron un grupo llamado TeamMiare, diciendo L.G.L. que se intentaban respaldar las unas con las otras y deciden denunciar al acusado. De manera que la decisión de la denuncia fue adoptada de forma conjunta. Esto resulta fundamental en orden a valorar las declaraciones de D<sup>a</sup> María Rubio, D<sup>a</sup> Camila Dos Santos y M.F.C., quienes en un principio comparecieron en la causa como perjudicadas y después, han depuesto en juicio oral como testigos, a fin de dotar la declaración de L.G.L. de una corroboración objetiva. Sin embargo, no se ha alcanzado ese fin, no resultándonos convincentes las declaraciones de D<sup>a</sup> María Rubio ni de D<sup>a</sup> Camilia Dos Santos –actualmente en ignorado paradero- por su claro interés y enemistad con el acusado. Ni la de M.F.C. por su falta de credibilidad pues en su día dijo públicamente que el grupo había hablado de mentir a la policía (folio



429) y en juicio viene a decir que eso es lo que era una mentira y que lo dijo para hacerse la amiga de Dalas. Además, esta testigo –que fue reprendida por su forma de declarar- da un testimonio impreciso y frívolo, poco coherente y con contradicciones.

L.G.L. no contó los hechos a D<sup>a</sup> M. R., sino que ésta los conoció a través de D<sup>a</sup> C. D. S., quien se los refirió a esta testigo. En este sentido, tanto la menor como Miare reconocen en juicio que no hablaron directamente entre ellas sobre los supuestos abusos. Llama la atención que pese a que D<sup>a</sup> M., que solo es testigo de referencia, es sin embargo la que aporta a la causa mensajes que atribuye a L.G.L. y que parece que le fueron remitidos por D<sup>a</sup> C. (el primero obrante al folio 69, en el que al decirle ésta a L.G.L. que “*solo los besos y ya*”, L.G.L. le dice si no la tocó aunque fuese por encima del pantalón, contestándole D<sup>a</sup> Camila de manera negativa y al preguntarse a L.G.L. si le tocó ésta dijo “*sip*”, sin mayor explicación) y el segundo un pantallazo que al parecer remite a D<sup>a</sup> María Rubio “*akane |./+*”, usuario no identificado en las actuaciones.

Más sorprendente es que la aportación la haga D<sup>a</sup> María Rubio a través de quien es su abogada en el procedimiento penal por supuesta violencia de género que interpuso contra el acusado precisamente en el mismo tiempo que la denuncia rectora de este procedimiento y que ha sido sobreseído en la primera instancia (folios 405 a 411). L.G.L. en su declaración ante la policía dijo al principio que había borrado sin querer todas las conversaciones con el acusado y al final que tenía las de WhatsApp, mientras que en juicio dice que tiene las conversaciones mantenidas por WhatsApp y por Twitter, que sin embargo no ha aportado aunque la policía le facilitó un e-mail para que enviara las conversaciones. Tampoco nada ha presentado en el Juzgado de Instrucción donde se abrió una pieza tecnológica, no incorporándose ningún mensaje ni conversación presentada por esta denunciante y ello, insistimos, a pesar de que la menor L.G.L. afirma en juicio tenerlos. Ni siquiera han sido exhibidos a la menor los WhatsApp y mensajes que se le atribuyen en esas conversaciones aportadas por la abogada de la testigo D<sup>a</sup> M. R. para que las reconozca. Por otra parte, como reconocieron los policías que depusieron en juicio no se hizo ninguna comprobación sobre la autenticidad del pantallazo y conversaciones aportadas por esa testigo.

Como ya declarara la STS 300/15, de 19 de mayo, “*la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido*”. Y concluía esa sentencia excluyendo cualquier duda sobre la autenticidad de los mensajes que se presentaron en ese caso porque la propia víctima puso a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Twenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. Y en segundo lugar, por el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba la víctima fue propuesto como testigo y acudió al plenario. Pues bien, nada de ello ocurre aquí. Ya hemos dicho que la víctima, L.G.L., dijo en un principio a la policía que había borrado todas las conversaciones y mensajes, para luego decir que la de WhatsApp, no aportando ninguna a las actuaciones. En el plenario ya hemos comentado que manifestó que las conversaciones por Skype no las tiene pero que sí conserva los mensajes por WhatsApp y Tuenti, insistimos, no aportados.

Las conversaciones mantenidas por L.G.L. con D<sup>a</sup> Camila y con “akane |./+” y reenviadas por éstas a D<sup>a</sup> María Rubio mediante un pantallazo, no han sido adveradas por sus interlocutores. D<sup>a</sup> Camila no ha podido ser hallada y en Instrucción nada se le preguntó sobre las mismas. Desconocemos la identidad de “akane |./+”. A la denunciante L.G.L. no le han sido exhibido nunca esos pantallazos para que los reconociera, a diferencia de la conversación que mantuvo con el acusado y que se han aportado con el escrito de defensa (folio 422 y 423) en la que niega haber dicho a las de su grupo (es decir a las tres testigos que han depuesto en este juicio, D<sup>a</sup> M. R., D<sup>a</sup> Camila D. S. y M.F.C.)

que la acusó, que tuvo sexo con ella, que le pidió fotos desnuda, contestando L.G.L. que ella solo había dicho que *“me engañabas (cuando me contaron lo que me contaron), lo de la foto del libro, y bueno, los de hacerme sentir especial en parte... pero lo demás ¿!?!?”*. Y añade *“Les dije que me pedias fotos sí, pero normales coño, y se lo especifiqué en varias ocasiones”, “Y lo de tener sexo?!?!!!!!!! En qué puto momento dije algo de eso ¿!?!?”*. L.G.L. a la vista de esta conversación se limita a decir que el acusado le pedía fotos y él le mandaba fotos medio desnudo (que antes había aclarado que estaban colgadas en la página del acusado, si bien dos no las había visto ella nunca y que eran de torso desnudo) y luego le decía, ahora te toca a ti. Ella pensaba que eran normales, pero con el tiempo se ha dado cuenta de cosas y detalles. De manera que no hubo una petición de fotos desnuda, sino que se trata de una interpretación que L.G.L. hace con el tiempo, como claramente explicó en Instrucción.

En definitiva, contamos con unos mensajes atribuidos a L.G.L. de los supuestos abusos, aportados por la letrada de la testigo D<sup>a</sup> María Rubio, cuya indisposición actual hacia el acusado es incuestionable, que no han sido ratificados ni por la menor ni por el otro interlocutor, existiendo otros mensajes de L.G.L. al acusado en el que niega que dijera haber tenido sexo con el acusado, ni que éste le hubiera pedido fotos desnuda, manifestando solo sentirse engañada tras conocer lo que D<sup>a</sup> M. R. y D<sup>a</sup> Camila le contaron sobre él.

Hemos dicho antes que la testigo D<sup>a</sup> Camila Dos Santos, que no pudo ser citada a juicio por no ser localizada, declaró en Instrucción, reproduciéndose en el plenario su declaración, donde nada dice sobre los supuestos abusos del acusado a L.G.L., manifestando que ella había sido objeto de acoso por parte del acusado y que le había remitido una fotografía en biquini. Puede parecer extraña esa declaración, pero ha de recordarse que la instrucción se seguía también por un supuesto abuso sexual y sexting del acusado a ella, que fue sobreseído, lo que explica que su declaración se centrara en los hechos por ella denunciados y no en los denunciados por L.G.L., únicos por los que ha seguido el proceso. Así las cosas la declaración D<sup>a</sup> Camila nada acredita en relación a los hechos enjuiciados.

Finalmente se trae a la testigo M.F.C, menor de edad, quien al parecer tuvo una relación con el acusado y fue una integrante del grupo “TeamMiare” formado por L.G.L., D<sup>a</sup> María Rubio y D<sup>a</sup> Camila. El testimonio de esta testigo es de una más que cuestionable credibilidad, no solo por la vaguedad de sus declaraciones, sino sobre todo porque en su día informó al acusado de la existencia del grupo y de las denuncias que iban a interponer contra el acusado, diciéndole que *“hablaron de mentir a la policía para que no pareciera que estamos todas compinchadas”*, tal como consta en el documento 429 acompañado con el escrito de defensa y en la grabación de la conversación telefónica incorporada en el documento 9 que se reprodujo en juicio, donde M.F.C. dice que en ningún momento han hablado de mentir a nadie y que cuando pasó las conversaciones al acusado, ella quería volver con él y la única forma era *“hacerle la pelota”*. Lo que pone en evidencia que la testigo va cambiando la versión según sus intereses, es decir según quiere acercarse al acusado o, como parecía en el juicio, haya terminado ya con él su relación.

En todo caso es cierto que esta testigo remitió al acusado las conversaciones del grupo, que se presentaron también con el escrito de defensa, y en ellas, no se dice por nadie que han de mentir a la policía. La testigo dijo que sí lo dijeron y que el día anterior al juicio había procedido al borrado del mensaje en el que instaban a mentir a la policía. En todo caso, lo que si se observa en las conversaciones remitidas por M.F.C y unidas a los folios 425 a 428 es que sí comentan las posibles consecuencias en el canal que el acusado tiene y en la pérdida de seguidores, diciendo concretamente Clary (que es L.G.L., según reconoce en juicio), dice que no cree que siga con él, añadiendo en relación al acusado *“A ver, no nos vamos a engañar esto va a salir a la luz, vosotras serías seguidoras de un tío que además de enfermo mental os ha mentido en vuestra cara y os lo habéis creído??”*. Más adelante, cuando algunas del grupo comenta que ha sido citada por la policía, L.G.L. dice que cree que es para confirmar que no están engañado y que su madre le ha dicho que los policías han insistido en que estén completamente incomunicadas las unas con las otras porque podrían utilizarlo y decir que ha sido una conspiración por lo que la denuncia sería anulada, y por ello entiende que el grupo debería ser borrado las conversaciones que han tenido. En conclusión, no dice que vayan a mentir ni que se trate de una conspiración, pero los mensajes sí ponen de relieve la animadversión de las componentes del grupo (salvo M.F.C., que es ambivalente en sus sentimientos hacia el acusado) hacia el acusado al sentirse todas engañadas por él. Circunstancia que no puede desconocerse

al valorar la declaración de L.G.L. y de las demás testigos, así como la eclosión del conflicto y explica la razón del momento de la denuncia, coincidente con la de ex novia y de las otras componentes del grupo por ellas formado.

Fuera de esto no existe la menor corroboración de los hechos. Los padres de la menor se enteran en el momento mismo en que ella decide denunciar y solo saben lo que la menor ha relatado en este juicio, sin darles más detalles. Por otra parte, L.G.L. dice en juicio que los hechos de la estación de Atocha y del Parque del Retiro se los comentó a su amiga más cercana, que ni identifica ni obviamente ha sido traída a juicio, donde se revela ese importante dato para la corroboración objetiva.

En definitiva, haciéndonos eco de las palabras de la STS 255/17, de 6 de abril de 2017, *“se identifican así pues quiebras y agujeros en las declaraciones prestadas por las testigos de cargo que la defensa supo y sabe descubrir y destacar explotándolas en favor de sus intereses. Consideradas junto con la prueba de descargo las declaraciones se convierten en insuficientes, por su debilidad objetiva y su incompatibilidad con sólidos elementos exculpatorios, para generar la exigible certeza más allá de toda duda razonable y por tanto inidóneas para desmontar la presunción constitucional de inocencia. Conviven con demasiados elementos contradictorios de peso.*

*La STS 815/2013, de 5 de noviembre explica que, cuando en cada uno de los tres parámetros clásicos utilizados para testar la credibilidad de las declaraciones prestadas por la víctima aparecen deficiencias, ha de concluirse en su inhabilidad en general para derrotar a la presunción de inocencia”.*

Ninguno de los elementos que cuestionan las imputaciones es ciertamente definitivo. Pero no puede negarse que ese cúmulo de elementos, antes expuestos, arroja muchas sombras sobre la realidad de los hechos y crea una atmósfera de incertidumbre que no se diluye con el fácil expediente de rechazar todo lo que no abona la condena con argumentos más o menos plausibles; o sencillamente ignorarlo.

Tampoco deviene sencillo admitir la simplista hipótesis exculpatoria del acusado de que todo es un conspiración ideada por L.F.L., D<sup>a</sup> María Rubio, D<sup>a</sup> Camila Dos Santos

y M.F.C Estamos muy lejos también de poder tener por acreditada esa explicación. Hay también cosas que no cuadran.

En esta situación de tener que elegir entre dos versiones que ninguna de ellas se presenta como segura, el sistema procesal penal obliga a encarar uno de esos dos caminos: el que proporciona la seguridad de que ningún inocente será condenado aunque sea a costa de asumir el riesgo de impunidad de infracciones muy graves. En casos como este la presunción de inocencia se alza impidiendo una condena no asentada en una prueba concluyente y rotunda. No basta la convicción subjetiva del juzgador. Se hace precisa esa base probatoria sólida que aquí se echa en falta (en este sentido la antes citada STS 255/17). Lo que nos lleva a una sentencia absolutoria respecto del delito de abusos sexuales.

**CUARTO.**- En cuanto al delito de ciberacoso o Child grooming fue introducido en la reforma del Código Penal por LO 5/2010 en el artículo 183 bis y actualmente tipificado en el artículo 183 ter número primero, mientras que en el apartado segundo se tipifica el denominado sexting (de sex y tenting) o envío de mensajes o fotografías propias por el embaucado, es decir el engañado mediante su inexperiencia sexual como menor, y que constituya un serio peligro para su bienestar psíquico, desarrollo y formación.

El artículo 183.1 ter Código Penal dispone " *el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años y le proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de 1 a 3 años prisión o multa de 12 a 24 meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*".

En cuanto a su naturaleza, señalan las STS 97/2015, de 24 de febrero y 109/2017, de 22 de febrero, que se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando lo que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años. En este caso el legislador ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo

delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto sólo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 16 años puede entenderse típica la conducta. El delito tiene una naturaleza de delito de peligro dado que se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien.

En lo concerniente al bien jurídico es la indemnidad sexual de los menores de 16 años, más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 16 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 13 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual.

Con respecto a los elementos objetivos del tipo penal la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 16 años; por otra proponer un encuentro; y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación; se trata por tanto de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse. La STS 97/2015 señala que la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima. No obstante, sigue diciendo esta sentencia, otros autores entienden por el contrario que puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, dado que el tipo penal no especifica si ese contacto es el inicial o derivado. Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos

casos, no se agosta con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (por Ej. Profesor o monitor conocido por el menor).

El tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador sólo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.

Sobre esta exigencia de acercamiento se ha dicho por la STS 97/2015 de 24 de febrero que *« se sostiene en la doctrina la necesidad de hacer la interpretación de este requisito y determinar qué actos pueden tener tal consideración. El criterio doctrinal no parece ser pacífico. Los conceptos que se debaten son actos encaminados al acercamiento y actos materiales. Por los primeros, son los actos que tienden «al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio "encuentro"». Por su parte, los actos materiales considera que «deben necesariamente repercutir y reflejarse más allá del mundo digital».*

No hay duda de la concurrencia de los dos primeros elementos, por cuanto que ha existido el contacto por un medio tecnológico, el teléfono móvil, y se ha propuesto un encuentro, que fue aceptado por L.G.L. Sin embargo no ha quedado probado el elemento subjetivo, es decir, que el encuentro fuera para ejecutar una de las acciones previstas en el artículo 183 del CPenal , la realización de actos de carácter sexual sobre la menor de 16 años.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los artículos 178 a 183 y 189. De perpetrarse alguno de estos otros actos se penará separadamente la realización de tal ilícito con respecto al analizado, siendo que ambas infracciones se presentarán en concurso (Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017). El Tribunal Supremo



no considera esencial la efectiva verificación del encuentro, sino que basta que se desarrollen actos con la finalidad de verificarlo.

Dos fueron los encuentros concertados. El primero en la firma del libro del acusado, en la “Casa del Libro” de Gran Vía de Madrid, el 26 de enero de 2016, donde el acusado y L.G.L. se conocieron físicamente y solo hubo unos besos de saludo, diciéndole el acusado que se esperara hasta el final, no accediendo la menor, que había ido con dos amigas, porque tenía que irse a casa, por lo que se marchó. L.G.L. manifiesta que cuando llegó a casa vio mensajes del acusado en los que le decía que había mandado a alguien a buscarla y que cogiera un taxi y se fuera para allá. El acusado reconoce que pidió al director de marketing que saliera a buscar a L.G.L. para que pasara con ellos a la oficina de la librería y que no la encontró. Lo que no ha quedado probado es que la propusiera ir a su hotel, como sostiene la acusación. Eso no lo ha dicho L.G.L., quien en su declaración en policía, ratificada en Instrucción, manifestó que el acusado le dijo “*que había enviado a alguien a buscarla para cenar juntos esa noche*”. En el plenario dijo que le constaba acordarse y sabe que querían que se viesen después de la firma del libro “*para cenar juntos o algo así, pasar ese tiempo juntos*”. Lo que no puede considerarse una finalidad sexual de los artículos 183 y 189 CP ni inferirse que se buscaba el acto sexual.

La segunda cita o encuentro fue el de 8 de febrero de 2016, en la estación de Atocha, con ocasión de otro viaje a Madrid del acusado. No se discute que se produjo un encuentro, pero el acusado dice que fue un encuentro breve, antes de subir al tren, para saludarse y firmarle el libro por no poderlo hacer el día 26 de enero. Mientras L.G.L. denuncia que se besaron en la estación y que después fueron al parque del Retiro donde la besó y la tocó la zona vaginal y el pecho por encima de la ropa; besos y tocamientos que como hemos explicado en el anterior fundamento no han quedado probados. Por lo que no estaría tampoco probado el elemento subjetivo del delito de acoso sexual infantil. Aunque el delito del artículo 183.1 ter CP no exige para su consumación que el abuso se produzca, sino que basta para su consumación con que, tras haber contactado con la menor y haberle propuesto una cita, el sujeto realice los mencionados "actos materiales encaminados al acercamiento" con una finalidad sexual ", no queda acreditado que la finalidad de la cita por parte del acusado fuera para un acto de los del artículo 183 y 189 CP. Ni se prueba el abuso ni el propósito de cometerlo.

Tras esa segunda cita el acusado y L.G.L. siguieron teniendo contacto por WhatsApp, Skype y Twitter, si bien no queda probado que la acosara e insistiera para volver a quedar. L.G.L. dice que el acusado le dijo de quedar otra vez y ella dijo que no, siguió la relación hasta que finalmente ella la rompió sobre el 11 ó 12 de abril. El acusado niega esa proposición. Ninguna prueba existe sobre ello, al no haberse aportado las conversaciones y mensajes por parte de la denunciante, sin que su sola declaración pueda ser considerada como prueba bastante, como hemos indicado más arriba. Sobre las relaciones virtuales posteriores al encuentro en la estación de Atocha únicamente tenemos el mensaje por redes sociales que L.G.L. envió a D. José Daniel, Dalas, el 22 de abril de 2016 (es decir después de la ruptura) en el que le pregunta en qué fechas va a estar en la Feria del Libro de Madrid y le dice "*Quiero verteeeee!!! Responde porfaaaa xD*" y la conversación por WhatsApp entre el acusado y L.G.L., que hemos mencionado más arriba, en el que éste le dice que se ha enterado lo que está diciendo de él (que le acusa, que le ha pedido fotos desnuda, que han tenido sexo) y la menor lo niega, diciendo que solo ha dicho que la engañaba a raíz de enterarse lo que le contaron (en clara referencia al grupo TeamMiare), que sí que dijo que le pedí fotos pero que eran normales y que no había dicho nada de que habían tenido sexo.

En conclusión, debe absolverse al condenado también por este delito de acoso sexual infantil.

Tan solo añadir, en cuanto a la petición de fotos desnudas, que es uno de los principales medio de acción del "grooming" (STS 174/2017 de 21 de marzo y SAP Barcelona, Sec. 9ª, 949/17, de 22 de diciembre), que tampoco ha quedado probado que el acusado se las pidiera. Sí le pidió que le mandara fotos y él le envió alguna suya, en concreto algunas en la que aparecía con el torso desnudo, pero que estaban publicadas en redes sociales, y le pidió a ella fotos. Más de ello no puede colegirse que lo que le estuviera pidiéndole fotos desnuda. Reconoce L.G.L. que no se lo dijo y que se trata de una interpretación a la que ella ha llegado tiempo después, pero que no tiene un fundamento objetivo, pues tras remitirle fotos vestida no le insiste que le mande otras y menos que sean sin ropa, como así dice que se lo pidió M.F.C.

**QUINTO**.- Al ser la sentencia absolutoria, de conformidad con los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se declaran de oficio.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales pertinentes del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS**

**QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado D. DANIEL JOSÉ SANTOMÉ LEMUS** de los delitos de ciberacoso sexual infantil y de abusos sexuales por los que viene acusado, declarando las costas de este procedimiento de oficio.

Notifíquese esta sentencia a las partes y a la víctima a través de su representante legal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Apelación, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de DIEZ DÍAS, a contar desde la última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.- En Madrid, a**

Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Pilar Rasillo López, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.