



Roj: **SAP AV 250/2025 - ECLI:ES:APAV:2025:250**

Id Cendoj: **05019370012025100249**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ávila**

Sección: **1**

Fecha: **01/09/2025**

Nº de Recurso: **16/2023**

Nº de Resolución: **68/2025**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **ANTONIO NARCISO DUEÑAS CAMPO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

SENTENCIA: 00068/2025

-PL/ DE LA SANTA NÚM 2

Teléfono: 920-21.11.23

Correo electrónico: audiencia.s1.avila@justicia.es

Equipo/usuario: MAG

Modelo: 787530 SENTENCIA LIBRE

N.I.G.: 05014 41 2 2020 0000664

PO PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000016 /2023

Delito: AGRESIONES SEXUALES

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, María Rosario

Procurador/a: D/Dª , PILAR SUSANA LLEBRES MAS

Abogado/a: D/Dª , FRANCISCO CATALA ENA

Contra: Evaristo

Procurador/a: D/Dª FERNANDO ZAMORANO DE LA CRUZ

Abogado/a: D/Dª PATRICIA GARCIA SAMANIEGO

SENTENCIA N° 68/2.025

ILMOS. SRES PRESIDENTE:

D.JAVIER GARCÍA ENCINAR MAGISTRADOS:

D. ANTONIO DUEÑAS CAMPO

Dª. ANA MARÍA ÁLVAREZ DE YRAOLA

En la ciudad de Ávila a uno del mes de septiembre del año dos mil veinticinco.

La Audiencia Provincial de Ávila, compuesta de los Ilmos. Sres. Magistrados consignados al margen, ha visto las actuaciones seguidas en sumario registrado con el número 2/2.023 del juzgado de primera instancia e instrucción número dos de Arenas de San Pedro (Ávila), rollo penal número 16/2.023, seguido por un presunto delito de agresiones sexuales contra Evaristo, con documento nacional de identidad número NUM000, nacido en DIRECCION000 (Toledo) el día NUM001 del año 1.977, hijo de Luis Manuel y de Valle, representado por el procurador D. Fernando Zamorano de la Cruz y defendido por la abogada Dª. Patricia García Samaniego

y como acusación particular María Rosario representada por la procuradora D^a. Pilar Susana Llebres Mas y defendida por el abogado D. Francisco Catalá Ena, habiendo intervenido el ministerio fiscal en ejercicio de la acción pública.

Ha sido magistrado ponente el Ilmo.Sr. D. Antonio Dueñas Campo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Las actuaciones se incoaron en virtud de atestado instruido por los agentes de la autoridad de la Guardia Civil de Ávila, dando lugar a la incoación del procedimiento penal de diligencias previas registrado con el número 241/2.020 del juzgado de primera instancia e instrucción número dos de Arenas de San Pedro, que fue transformado en procedimiento penal sumario registrado con el número 2/2.023, en el que se dictó auto de procesamiento contra Evaristo y auto declarando concluso el sumario; remitidas las actuaciones a esta audiencia y confirmando dicho auto, se decretó la apertura del juicio oral, presentando el ministerio fiscal, la acusación particular y la defensa del procesado escritos de conclusiones provisionales y se señaló para la celebración del juicio oral el dieciocho del mes de septiembre del año 2.024.

Segundo.- En la fase de conclusiones provisionales el ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de los siguientes delitos:

A.- Delito continuado de los artículos 181 apartados primero, tercero, cuarto y quinto en relación con los artículos 180 apartados primero, tercero y cuarto y 192 apartados primero, segundo y tercero vigentes en el momento de la perpetración de los hechos, en relación con el artículo 74 todos ellos del código penal.

Alternativamente: delito continuado del artículo 182 apartados primero y segundo del código penal vigente en el momento de perpetración de los hechos.

B.- Delito continuado del artículo 172 apartado primero en relación con el artículo 74 todos ellos del código penal.

De tales delitos resulta responsable en concepto de autor el procesado.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Corresponde imponer al procesado las siguientes penas:

Por los delitos del apartado A): diez años de prisión, inhabilitación absoluta, prohibición de aproximación a menos de cien metros de la víctima en cualquier lugar en que la misma se encuentre, así como de su domicilio y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento por tiempo de diez años.

Alternativamente: siete años y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, prohibición de aproximación a menos de cien metros de la víctima en cualquier lugar en que la misma se encuentre, así como de su domicilio, y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento por tiempo de diez años.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 apartado primero del código penal se impondrá al procesado la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, que se concretará y ejecutará con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad efectivamente impuesta.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 apartado tercero del código penal se impondrá al procesado la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión y oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en cinco años al de la pena privativa de libertad efectivamente impuesta en sentencia.

Además se condenará al procesado al pago de las costas procesales.

Por el delito del apartado B): veinte meses de multa con una cuota diaria de diez euros con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Además se condenará al procesado al pago de las costas procesales.

Responsabilidad civil: el procesado indemnizará a María Rosario en la suma de veinte mil euros por los daños morales causados.

Tercero.- En igual fase la acusación particular estimó que los hechos son constitutivos de los siguientes delitos:

A.- Delito continuado del artículo 181 apartados primero, tercero, cuarto y quinto en relación con los artículos 180 apartados primero, tercero, y cuarto y 192 apartados primero, segundo y tercero vigentes en el momento de la comisión de los hechos, en relación con el artículo 74 apartado primero in fine todos ellos del código penal.

B.- Delito continuado del artículo 172 apartado primero en relación con el artículo 74 del código penal.

De tales delitos resulta responsable en concepto de autor el procesado.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Corresponde imponer las siguientes penas al procesado:

Por los delitos del apartado A) doce años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta, prohibición de aproximación a menos de cien metros de la víctima en cualquier lugar en el que la misma se encuentre, así como de su domicilio, y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de diez años.

Se impondrá la medida de libertad vigilada por cinco años posterior a la condena de acuerdo con el artículo 192 apartado primero, así como también la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto con menores de edad durante cinco años.

Por los delitos del apartado B) multa de veinticuatro meses con una cuota diaria de diez euros con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Además se condenará al procesado al pago de las costas procesales.

Responsabilidad civil: el procesado indemnizará a María Rosario en cuarenta mil euros (40.000 euros) por los daños morales causados.

Cuarto.- La defensa del procesado estimó que los hechos no son constitutivos de delito alguno, interesando la absolución de Evaristo con todos los pronunciamientos favorables.

Quinto.- En el acto del juicio oral se elevaron a definitivas las conclusiones provisionales del ministerio fiscal, de la acusación particular y de la defensa del procesado.

Sexto.- Sometida la sentencia a deliberación y votación conforme al artículo 253 de la ley orgánica del poder judicial no se llegó a acuerdo sobre el contenido de la misma. Al no haber sido posible dicho acuerdo, se pasó a la preceptiva votación y, al no existir conformidad del presidente Don Javier García Encinar, por el mismo se formula voto particular.

Séptimo.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Evaristo, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo, al menos entre los años 2.013 al 2.016, una relación sentimental con la madre de la menor de edad María Rosario, nacida el día NUM002 del año 1.999, y por tanto de entre trece y dieciséis años en tal período. Durante dicha época convivieron en el mismo domicilio familiar, sito en la localidad de DIRECCION001 (Ávila), la madre de María Rosario llamada Santiago, la propia María Rosario, una hermana de ésta menor que ella llamada Tatiana (nacida el día NUM003 del año 2.004) y el citado Evaristo el cual, ante la ausencia del padre biológico de la menor de edad María Rosario, que se hallaba separado de la madre y no mantenía relación personal alguna con la menor de edad María Rosario, ejercía de hecho las funciones de padre para la niña.

Al inicio del período antes referido entre los años 2.013 y 2.016, Evaristo creó una cuenta en la red social Tuenti, bajo el perfil conocido como " DIRECCION002 ", a través de la cual, y haciéndose pasar por un joven de quince años que respondía al nombre de Artemio, entabló contacto con María Rosario, a la sazón de trece años de edad. En las numerosas conversaciones que Evaristo mantuvo con la menor de edad María Rosario por este medio, y bajo la mencionada apariencia de un joven de quince años de edad de nombre Artemio, incitó a la mencionada menor en diversas ocasiones a que mantuviera relaciones sexuales con su padre, haciéndola creer que eso era lo normal para iniciarse en la vida sexual y convenciéndola de que también él (el supuesto Artemio) mantenía relaciones sexuales con su madre como preparación para adquirir la necesaria experiencia en la materia.

Al mismo tiempo, Evaristo, valiéndose de la situación de superioridad que le otorgaba el ejercer de padre fáctico de la menor de edad y de la confianza que dicha situación generaba en la misma, la explicó que las relaciones sexuales con la familia eran algo normal y necesario para poder adquirir experiencia y tener luego relaciones sexuales fuera del ámbito familiar, de manera que, prevaliéndose de su situación de superioridad motivada por la corta edad de la menor de edad y por su posición de padre fáctico que le otorgaba el

necesario ascendiente sobre aquélla, logró convencerla para que mantuviera relaciones sexuales con él como preparación para la vida sexual.

Una vez logrado mediante este engaño o mediante esta artimaña el convencimiento de la menor de edad, durante los tres años comprendidos entre fechas no precisadas del año 2.013 y del año 2.016 y, por tanto, cuando María Rosario contaba entre trece y dieciséis años de edad, Evaristo aprovechaba cualquier momento en el que la madre se encontrara ausente del domicilio familiar para mantener encuentros sexuales con María Rosario en distintas dependencias del referido domicilio.

En unas ocasiones, tales relaciones sexuales consistían en acceso carnal por vía vaginal, en otras ocasiones por vía anal y en otras por vía oral, habiéndose llegado a producir sangrado en la región anal, si bien la menor de edad María Rosario nunca acudió al médico por esta causa.

No es posible precisar el número de veces en las que se produjeron estos hechos, si bien tuvieron lugar con una cierta habitualidad durante el período comprendido entre los mencionados años de 2.013 y 2.016.

Una vez que María Rosario descubrió el engaño urdido por Evaristo, se negó a continuar manteniendo relaciones sexuales con él, ante lo cual el mencionado Evaristo comenzó a ejecutar acciones tendentes a impedirla que pusiera fin a esta situación. Así en una ocasión la pintó las zapatillas con la expresión "soy una puta y una guarra"; en otra ocasión colocó una compresa con restos de la menstruación de la menor de edad en el parabrisas del vehículo de motor cuando la llevó al colegio con la finalidad de avergonzarla ante sus compañeros de colegio; también la registraba sus efectos personales y la impedía que se relacionara con otros chicos; todo ello lo hacía con la finalidad de conseguir que María Rosario cambiara su decisión de no volver a tener relaciones sexuales con él.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Valoración de la prueba de cargo.

A.- Valoración de la declaración de la víctima María Rosario.

Sobre la valoración de la declaración de la víctima en esta clase de delitos contra la libertad sexual debemos seguir la jurisprudencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo por ejemplo en su sentencia de fecha cuatro del mes de julio del año 2.019 en la cual literalmente se afirma que "así, en torno a la valoración de la declaración de la víctima recordemos que, como expuso esta sala en la sentencia 119/2.019 de seis del mes de marzo:

"El tribunal ha admitido la declaración de la víctima y, con la inmediación que le privilegia, concluye que la víctima fue consistente y entiende que es creíble en su versión de los hechos por los que ha sido condenado, pero, sin embargo, el tribunal no llega a la misma convicción en cuanto al delito de agresión sexual por el que también era acusado sobre el que tratamos con motivo del recurso de la acusación particular.

Presupuestos en el análisis de la valoración por el tribunal de la declaración de la víctima.

Pero recordemos que es posible que el tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

- 1.- Seguridad en la declaración ante el tribunal por el interrogatorio del ministerio fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.- Claridad expositiva ante el tribunal.
- 4.- "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el tribunal.
- 5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del tribunal de un relato figurado, con fabulaciones o poco creíble.
- 6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
- 7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.
- 8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
- 9.- La declaración no debe ser fragmentada.

10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.

11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarlo de nuevo al tribunal y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.

2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.

3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque éstas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.

4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.

5.- Deseo al olvido de los hechos.

6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración".

Sigue afirmando la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de seis del mes de marzo del año 2.019 (citada por la anterior sentencia de dicha sala de fecha cuatro del mes de julio del año 2.019) en su fundamento de derecho tercero que "c.- La declaración de la víctima es contradictoria con la del acusado u otros testigos que puede plantear la defensa. La declaración de la víctima es la única de la que dispone el juez o tribunal para tomar su decisión acerca de si es suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Este supuesto se suele dar en muchos casos en el proceso penal, sobre todo en supuestos de violencia de género o en abusos sexuales de los que no se desprendan evidencias físicas que puedan actuar como pruebas médicas acerca de la realidad del delito cometido.

Se trata en estos casos de llegar a una misión de confrontar la declaración del acusado con la de la víctima, pero para ello esta sala del tribunal supremo fija unos criterios consolidados que son tenidos en cuenta por el tribunal, así como reiteradamente alegados en los recursos. Sin embargo, hay que fijar unos criterios previos en orden a valorar la declaración de la víctima como prueba atendiendo a los criterios de valoración que marca esta sala del tribunal supremo, a saber:

1.- 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 tribunal supremo (sentencias 706/2.000, 313/2.002 y 1.317/2.004) como del tribunal constitucional (sentencias 201/1.989, 173/1.990 y 229/1.991).

2.- La existencia de la declaración de la víctima no siempre se convierte por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del tribunal sentenciador.

3.- Esta sala del tribunal supremo parte de la consideración de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero; por ello, cuando el tribunal constitucional, respetando con buen criterio el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuida a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil, para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar, obviamente en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

4.- Las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia y de manera específica en los delitos en los que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (sentencias del tribunal supremo de treinta del mes de enero del año 1.999 y veintiocho del mes de enero y quince del mes de diciembre del año 1.995).

5.- Cuando es la única prueba de cargo exige, como ha dicho la sentencia de esta sala del tribunal supremo de fecha veintinueve del mes de abril del año 1.997, una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa, precisando la sentencia del tribunal supremo de veintinueve del mes de abril del año

1.999 que no basta la sola afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, sino que la afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y ésta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

6.- 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 (sentencia del tribunal supremo de veintinueve del mes de diciembre del año 1.997) y el riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador.

Pues bien, lo que el juez o tribunal penal debe valorar, cuando analiza la declaración de la víctima y la previsible contradicción con la prestada por el acusado en el plenario negando los hechos, se centra en analizar si cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil, para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente de violencia en el hogar y 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:

1.- Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2.- Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (artículos 109 y 110 de la ley de enjuiciamiento criminal); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3.- Persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues, constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (sentencias del tribunal supremo veintiocho del mes de septiembre del año 1.988, veintiséis del mes de marzo y cinco del mes de junio del año 1.992, ocho del mes de noviembre del año 1.994, once del mes de octubre del año 1.995 y trece del mes de abril del año 1.996).

Sin embargo, respecto de la concurrencia de estos requisitos no hay que olvidar lo que puntualiza esta sala del tribunal supremo en la sentencia de treinta del mes de abril del año 2.007 respecto que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la sala de instancia pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa, dice la sentencia del tribunal supremo de diecinueve del mes de marzo del año 2.003, que, cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor o víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de ésta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquéllas, que aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

Pero es que, además, y esto es sumamente importante en orden a valorar la ausencia de incredibilidad subjetiva, existen casos de declaraciones de víctimas que han sido victimizadas de forma reiterada por sus agresores, como suele ocurrir en muchos supuestos de violencia de género, en los que se suele alegar por las defensas en el plenario que debe dudarse de la declaración de las víctimas por existir resentimiento en sus declaraciones y una animadversión que motiva el contenido de estas declaraciones. Sin embargo, esto no es del todo cierto y no constituye una máxima que deba ser tenida en cuenta, por cuanto que, cuando la víctima ha sido agredida físicamente, como ocurre en los supuestos de violencia de género reiterada, como aquí ha ocurrido al ser condenado el recurrente por el artículo 173.2 del código penal, ello no permite entender que puedan existir dudas en las declaraciones de las víctimas cuando éstas declaren en un juicio oral, porque ello sería una situación que siempre se produciría en muchos supuestos.

Es obvio que por el hecho de haber sido victimizada por el agresor la víctima no tenga una buena relación con éste, pero ello no debe hacernos llegar al ámbito de la duda respecto a si lo que está declarando la víctima en el plenario lo hace con móviles de resentimiento. De ser así, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en muchos supuestos en los que se han producido hechos graves, como ocurre en los casos de agresiones sexuales en los que es obvio recordar y pensar que las víctimas ni tan siquiera quieran recordar los hechos, por lo que mucho es pedirles a éstas que dejen al margen el odio que puedan sentir. Pero estas sensaciones, que son obvias en las víctimas, no deben llevarnos a hacernos dudar del contenido de su declaración.

d.- La declaración de la víctima es contradictoria con la ya expuesta por la misma ante el juzgado de instrucción.

Una de las funciones que tiene que desplegar el juez o tribunal penal en los casos de declaración de la víctima es analizar las posibles contradicciones que puedan surgir entre lo declarado en la fase de instrucción y el juicio oral. Sin embargo, principio básico es en este caso que:

a.- Que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (sentencia del tribunal supremo de ocho del mes de noviembre del año 2.006, recurso 84/2.006).

b.- De esta exigencia general se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa (sentencia del tribunal constitucional 51/1.995 de veintitrés del mes de febrero).

En este caso, puede ocurrir que en la declaración prestada por la víctima en el plenario existan contradicciones con las realizadas en la fase sumarial, para lo que las partes podrían hacer valer al juez o tribunal estas contradicciones al objeto de efectuar la comparación sobre las mismas. Sin embargo, aquí hay una cuestión básica de índole procesal que debe tenerse en cuenta, ya que no es suficiente, y esto es importantísimo, que la parte haga valer las contradicciones existentes en ambas declaraciones, sino que, al objeto de que el juez o tribunal pueda tenerlas en cuenta, debe solicitar la lectura de las declaraciones sumariales en el plenario e interrogar al testigo sobre las razones de las contradicciones y cuál es la declaración correcta. En ocasiones, suele solicitarse la expresión habitual de dar por reproducida la documental intentando hacer valer estas declaraciones sumariales, pero no es válida esta fórmula, sino la exigente de dar lectura a la lectura de las mismas.

e.- Sentencia de esta sala del tribunal supremo 282/2.018 de trece del mes de junio, recurso 10.776/2.017 sobre el valor de la declaración de la víctima de violencia de género.

Señalamos en esta sentencia que:

"Es preciso poner de manifiesto que en este caso las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos, como fueron los padres, pero que no son las víctimas directas del hecho.

En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan sólo quien "ha visto" un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido.

En este debate, tuvo la oportunidad de resolver este problema la ley 4/2.015 de veintisiete del mes de abril del estatuto de la víctima del delito, al poder llevar a cabo una modificación de la ley de enjuiciamiento criminal que habilitara una especial y privilegiada posición de la víctima del delito desde el punto de vista del proceso penal. Pero no fue así y se limitó en el artículo segundo de la misma a fijar la división entre víctima directa e indirecta, para fijar:

A.- Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

B.- Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito.

Y pese a que en las disposiciones finales de la ley 4/2.015 modificó la ley de enjuiciamiento criminal, no realizó, sin embargo, una modificación de la posición procesal de la víctima al margen, o por encima, de la mera situación procesal de "testigo" dentro de los medios de prueba. Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un episodio realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su visualización de una escena de una gravedad tal en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida.

Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración. En este último punto debe tenerse muy presente que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido la víctima sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, ello no debe conllevar que se dude de su veracidad, ya que la circunstancia de que existan estos antecedentes no debe disminuir su credibilidad, sino que se valorará su declaración con el privilegio de la inmediación de que dispone el tribunal. Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que tarde en denunciar en hechos de violencia de género, dadas las especiales circunstancias que rodean a estos casos en los que las víctimas pueden tardar en tomar la decisión en denunciar por tratarse el denunciado de su pareja, o ex pareja, lo que es un dato que puede incidir en esas dudas de las víctimas que están sometidas a esa especial posición psicológica en la que quien les ha agredido es su propia pareja, algo, realmente, que nunca pudieron esperar cuando iniciaron su relación. Se trata de una serie de elementos a tener en cuenta en la valoración de la declaración de la víctima como testigo cualificado, dada su condición de sujeto pasivo del delito. Por ello, se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no sólo "ha visto" un hecho, sino que "lo ha sufrido", para lo cual el tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito".

En igual sentido la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de fecha veintisiete del mes de enero del año 2.022 afirma que "la versión de la víctima debe ser valorada, en cambio, desde el prisma propio de un testigo, que se encuentra por ello obligado a decir verdad, pero sin olvidar las cautelas propias del status de quien asume la doble condición de testigo y denunciante, pues estamos ante un testigo en cierto modo implicado en la cuestión, al ser su testimonio la noticia misma del delito. Ahora bien, según apuntaba el tribunal constitucional en sus sentencias números 126/2.010 de veintinueve del mes de noviembre o 258/2.007 de dieciocho del mes de diciembre, lo expuesto no es óbice para que la declaración de la víctima, practicada con plenas garantías, pueda erigirse en prueba de cargo que habilite un pronunciamiento de condena, incluso cuando actúe como acusador particular. Desde esta misma sala de casación también hemos declarado insistentemente que el testimonio de la víctima puede ser tenido como prueba capaz, por sí misma, de enervar la presunción de inocencia, incluso cuando sea la única prueba disponible. Son incontables las ocasiones en que hemos apuntado ciertos aspectos de posible valoración en el testimonio de la víctima, notas que no son más que pautas orientativas, sin vocación excluyente de otras y sin desconocer la importancia de la inmediación, dirigidas a objetivar la conclusión alcanzada. Son éstas la ausencia de incredulidad subjetiva, la verosimilitud de su versión y la persistencia en la incriminación. Pero incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre, eso sí, que motive suficientemente las razones de su proceder.



La sentencia del tribunal supremo 381/2.014 de veintiuno del mes de mayo insiste en que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la sala de instancia pudiera dar crédito a la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa (dice la sentencia del tribunal supremo de diecinueve del mes de diciembre del año 2.003) que, cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las circunstancias concretas del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

En concurrente criterio la sentencia del tribunal supremo 29/2.017 de veinticinco del mes de enero expone que la testifical de la víctima puede ser prueba suficiente si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese contexto encaja bien el aludido triple test que establece la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima. No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que, cuando se cubran las tres condiciones, haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal". Ni, tampoco, en sentido inverso, que, cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley, o de la doctrina legal en este caso, se considere insuficiente para fundar una condena.

De similar manera en la sentencia del tribunal supremo número 891/2.014 de veintitrés del mes de diciembre, con cita de la 1.168/2.001 de quince del mes de junio, se precisaba que estos parámetros no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (artículo 741) y ha de ser racional (artículo 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige que sea racional; es decir, "esos tres elementos, que viene examinando la doctrina de esta sala para medir la idoneidad, como prueba de cargo, de la declaración de la víctima de un hecho delictivo (ausencia de motivación espuria, existencia de algún elemento corroborador y persistencia), no son requisitos de validez de tal medio probatorio: no son, elementos imprescindibles para que pueda utilizarse esta prueba para condena".

Por ello tiene aquí singular importancia la consignación de una motivación concreta y suficientemente desarrollada. En suma, el propósito último es que "valoración en conciencia" no signifique ni sea equiparable a "valoración irrazonada", por lo que es el adecuado razonamiento del tribunal lo que en todo caso deviene imprescindible (en parecidos términos sentencia del tribunal supremo número 259/2.007 de veintinueve del mes de marzo). Conviene finalmente precisar que, como siempre que nos hallamos ante el problema de medir la eficacia probatoria de alguna prueba consistente en declaraciones prestadas ante el propio tribunal que las preside y que han de valorarlas, como regla general debe prevalecer lo que la sala de instancia haya decidido al respecto, lo que no es sino lógica consecuencia de las exigencias propias del principio de inmediación procesal al que antes hacíamos referencia. En efecto la declaración de la víctima, dice la sentencia del tribunal supremo 625/2.010, encuadrable en la prueba testifical, su valoración corresponde al tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

Por ello la credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por esta sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que la misma tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal de instancia.

Es por eso que esta sala en sentencias 786/2.017 de treinta del mes de noviembre y 338/2.013 de diecinueve del mes de abril ha referido en numerosas ocasiones aspectos relacionados con su valoración, que, sin desconocer la importancia de la inmediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el tribunal. En este sentido, valoración en conciencia no significa ni es equiparable a valoración irrazonada o a valoración oculta, de modo que la conclusión razonada del órgano jurisdiccional debe expresarse en la sentencia, como vía inexcusable para facilitar su conocimiento por parte del acusado y la revisión en vía de recurso.

De todos modos, como se dice en la sentencia del tribunal supremo 331/2.008 de nueve del mes de junio " ... en la casación, como en el amparo constitucional, no se trata de evaluar la valoración del tribunal sentenciador

conforme a criterios de calidad u oportunidad y ello porque el proceso, ya en este trance de la casación, no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas ... " (como subraya el tribunal constitucional en su sentencia 262/2.006 de once del mes de septiembre en relación con el ámbito del control en vía de amparo de la citada garantía, situación equiparable a la casación cuando es ésta el motivo invocado).

a.- El primer parámetro de valoración es la credibilidad del testimonio o ausencia de incredibilidad subjetiva, en la terminología tradicional de esta sala.

La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil) que, sin anular el testimonio, lo debilitan, o de la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad) o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

La comprobación de la credibilidad subjetiva, desde la segunda perspectiva enumerada con anterioridad, que consiste en el análisis de posibles motivaciones espurias, exige un examen del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y las víctimas, cuyos testimonios es el principal basamento de la acusación, para constatar si la declaración inculpatoria se ha podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad.

El fundamento de este criterio responde a que, cuando se formula una grave acusación, que afecta a ámbitos muy íntimos del denunciante, y no cabe atisbar racionalmente motivo alguno que pueda justificarla, un simple razonamiento de sentido común puede llevarnos a la conclusión de que la acusación se formula simplemente porque es verdad. Cuando puede atisbarse racionalmente otra motivación, de carácter espurio, esta conclusión no puede aplicarse, lo que no significa que el testimonio quede desvirtuado, pero sí que precisará elementos relevantes de corroboración.

En el análisis de esta materia ha de tomarse en consideración que, como ha señalado reiteradamente esta sala (sentencias del tribunal supremo 609/2.013 de diez del mes de julio y 553/2.014 de treinta del mes de junio, entre otras) el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la credibilidad de la declaración de la víctima.

b.- El segundo parámetro de valoración de las declaraciones de las víctimas consiste en el análisis de credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio y según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa).

Ha de distinguirse la ausencia de contradicciones en el seno del relato de los hechos realizado por la víctima, o de elementos fácticos escasamente verosímiles, que es lo que caracteriza la coherencia interna, y dota a la versión acusatoria de credibilidad objetiva, de la ausencia de contradicciones entre las distintas versiones aportadas a lo largo del procedimiento, que constituye un elemento que ha de analizarse en el ámbito de la persistencia de la declaración.

c.- El tercer parámetro de valoración de la declaración de las víctimas consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

á.- Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. 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 la constancia sustancial de las diversas declaraciones" (sentencia de esta sala de dieciocho del mes de junio del año 1.998, entre otras).

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

c.- Ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes".

En aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial sobre la valoración probatoria de la declaración de la víctima de cualquier delito en calidad de testigo al presente supuesto objeto de enjuiciamiento comprobamos que en este caso concreto se cumplen los tres elementos recomendados por la citada doctrina jurisprudencial

de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo, los cuales, se reitera, no son requisitos de validez de este medio probatorio, pero en todo caso se comprueba que sí que existen:

a.- Credibilidad del testimonio o ausencia de incredibilidad subjetiva.

á.- En el presente supuesto objeto de enjuiciamiento la víctima del delito contra la libertad sexual María Rosario no sufre ninguna minusvalía ni física ni psíquica ni sensorial que pueda hacer que su testimonio quede debilitado; en este sentido conforme al informe social-psicológico forense y sus aclaraciones en el acto de la celebración del juicio oral del instituto de medicina legal de Ávila "acude a la entrevista ... adecuadamente vestida y aseada, con actitud abordable y colaboradora" y "no se objetivan dificultades en las distintas esferas cognitivas, estimándose un nivel intelectual dentro de la normalidad.

En consecuencia por las características físicas y psíquicas de la víctima María Rosario y por la inexistencia de minusvalías físicas, psíquicas o sensoriales no existe absolutamente ninguna circunstancia que pueda debilitar su testimonio.

b.- Tampoco se aprecia la existencia de ningún móvil espurio derivado de las relaciones previas anteriores con el autor material de los hechos delictivos Evaristo .

No se alega por la defensa del acusado Evaristo la existencia de ningún fin espurio en la declaración de la víctima María Rosario , esto es, la existencia de un móvil de animadversión, de enfrentamiento, de resentimiento o de enemistad por parte de la citada víctima María Rosario hacia el mencionado acusado Evaristo ; se afirma o se alega en este sentido por la defensa del varias veces citado acusado la existencia de contradicciones en la declaración en el acto de la celebración del juicio oral de la mencionada víctima María Rosario , lo cual será analizado detalladamente más adelante, pero no se alega, se reitera, la existencia de ningún fin espurio en la declaración de la víctima María Rosario , hasta el extremo de que el propio acusado en su declaración en el acto de la celebración del juicio oral no encuentra ninguna justificación ni ninguna causa o motivo para esta denuncia por un delito contra la libertad sexual por parte de la víctima y perjudicada María Rosario ; además de ello de hecho incluso reconoce en el acto de la celebración del juicio oral de modo expreso que la relación con María Rosario era normal, que ejercía en la práctica funciones de padre y que desde el momento de la ruptura de la relación de pareja con la madre de María Rosario llamada Santiago no ha vuelto a ver jamás a la mencionada María Rosario ; por tanto y por todo ello hay que descartar cualquier fin espurio en la declaración de la víctima María Rosario .

Pero en todo caso se debe resaltar desde ya que no se puede apreciar ningún móvil espurio cuando la ruptura de hecho de la relación de pareja con la madre Santiago y la ruptura de la convivencia entre los cuatro (el acusado Evaristo , la madre Santiago , la víctima María Rosario y su hermana más pequeña Tatiana) se produce en el año dos mil dieciséis y la interposición de la denuncia por los presentes hechos ante el puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) se produce el día dieciocho del mes de agosto del año 2.020, esto es, aproximadamente cuatro años después; pensar que existen móviles de resentimiento, de venganza o de enemistad incluso cuatro años después de la ruptura de la relación de pareja y de la ruptura de la relación de convivencia entre el acusado Evaristo y la madre Santiago , cuando ya no existe, o al menos así lo afirma el propio acusado en el acto de la celebración del juicio oral, ni la más mínima comunicación entre el citado acusado y los restantes tres miembros que entre los años 2.013 y 2.016 formaban la unidad familiar, esto es, la madre Santiago , la víctima María Rosario y la hermana más pequeña Tatiana es algo contrario a la lógica humana máxime cuando tal supuesta "venganza" sería canalizada por parte de la víctima María Rosario mediante la creación de un proceso judicial "artificial" que para ella siempre va a significar algo muy duro y prolongado en el tiempo; pero es que además de ello, conforme más adelante se analizará con el informe pericial psicológico y sus aclaraciones en el acto de la celebración del juicio, no se aprecian motivos para denunciar en falso, al igual que así también lo aprecia este tribunal colegiado, ni ganancias secundarias.

b.- Credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio.

El testimonio de la víctima María Rosario viene corroborado por los elementos objetivos o periféricos de los hechos delictivos, tales como:

á.- Informes periciales psicológicos del equipo psicosocial del instituto de medicina legal de Ávila, así como sus aclaraciones en el acto de la celebración del juicio oral; tales informes periciales serán analizados posteriormente pero en todo caso corroboran el testimonio de la víctima y denunciante María Rosario .

b.- Testimonio en el acto de la celebración del juicio oral de los testigos Lina , Enrique y Florian : tales testimonios serán analizados posteriormente pero en todo caso para este tribunal colegiado corroboran en lo esencial el testimonio de la víctima y denunciante María Rosario .

c.- Manifestaciones por parte de la menor de edad Tatiana (hermana de María Rosario) ante la directora, la jefa de estudios y la profesora técnica de servicios a la comunidad del centro educativo DIRECCION003 de DIRECCION001 (Ávila) el día veintiséis del mes de enero del año 2.017, tras llegar sobre las nueve horas aproximadamente llorando a dicho centro educativo, en el sentido, por lo que aquí respecta, de que hace algunos años sufrió episodios de abusos sexuales por tocamientos por parte del acusado Evaristo y de que, además de ello, su mencionada hermana María Rosario sufre "conductas más agresivas"; es cierto que posteriormente el día dieciséis del mes de febrero del año 2.017, al declarar en calidad de perjudicada ante el juzgado de instrucción número uno de Arenas de San Pedro (Ávila) dentro del procedimiento penal de diligencias previas registrado con el número 46/2.017, se retracta de sus manifestaciones y ahora afirma que "tampoco es cierto el tema de que su padrastro mantuviera relaciones sexuales con su hermana cuando tenía catorce años" y que "su hermana no la comentó nada al respecto ni su padrastro ha intentado nunca sobrepasarse con ella". Ahora bien, siendo cierta la retractación, también lo es que la menor de edad Tatiana comunicó a las autoridades del centro educativo no solamente la existencia de episodios de agresiones o de ataques sexuales de los cuales serían víctimas tanto la propia Tatiana ("tocamientos") como su hermana María Rosario ("conductas más agresivas") sino la existencia de agresiones y de malos tratos físicos tanto por parte de su padrastro el acusado Evaristo como por parte de su madre Santiago y además agresiones o malos tratos físicos graves ya que el primero la golpeaba con una fusta y la segunda la golpeaba con un cinturón, pero, a pesar de la enorme gravedad de los hechos objeto de denuncia ante las autoridades educativas (agresiones físicas con instrumentos que pueden causar grave daño a la salud y agresiones sexuales), la respuesta de las administraciones tanto sociales como educativas y judiciales fue extraordinariamente escasa; de ahí que tal retractación viene claramente motivada no solamente por la falta de apoyos familiares, ya que los presuntos autores eran las dos personas mayores de edad de su núcleo familiar (tanto la madre como el padrastro), e incluso carecía la menor de edad Tatiana de padre reconocido legalmente, sino por la falta de apoyo real y práctico de las autoridades administrativas, sociales, educativas y judiciales; en definitiva, al volver al núcleo de su familia con su madre Santiago, que la golpeaba con un cinturón, y con su padrastro el acusado Evaristo, que la golpeaba con una fusta, es indudable que tuvo que sentir temor, miedo, soledad y angustia, por lo que cualquier ser humano en tales condiciones y dentro de una familia desestructurada, que la maltrata físicamente con gravedad, necesariamente se retracta o se vuelve atrás de lo que inicialmente ha relatado con absoluta verdad.

d.- Sufrimiento de una situación de DIRECCION005 y de una sintomatología ansioso depresiva compatible, conforme al informe pericial psicológico practicado por el equipo psico-social adscrito al instituto de medicina legal de Ávila, con el hecho de haber sido víctima de una agresión o de un ataque sexual, si bien es cierto que en su historia biográfica existen otras experiencias de victimización (malos tratos dentro del seno de la familia y episodios de acoso dentro del colegio por parte de otros compañeros o compañeras) con la suficiente capacidad traumática para producir desajustes en su estado psicológico; pero en todo caso algunos de los síntomas que presentan y que más adelante se detallarán serían específicos del hecho de haber sido víctima de un ataque o de una agresión sexual, tales como la culpabilización, derivada de un supuesto consentimiento propio de una persona menor de edad, la vergüenza, el malestar sexual, los pensamientos intrusivos o el sentimiento de suciedad hacia ella misma.

Pero en cualquier caso dentro del mencionado informe pericial psicológico y sus aclaraciones en el acto de la celebración del juicio oral interesa destacar tanto la escala de DIRECCION005 como la escala de síntomas y la escala de alteraciones de las creencias:

1.- Escala de DIRECCION005 : indica niveles significativos de sintomatología postraumática, que no afectan a todos los grupos sintomatológicos, como puede verse en el desglose de la escala, destacando las siguientes:

á.- Intrusión (intrusión T=65): pone de manifiesto la presencia de reacciones postraumáticas intrusivas en forma de recuerdos, sueños o sensaciones, pudiendo tener respuestas de nerviosismo ante estímulos que le recuerdan el acontecimiento.

b.- Evitación (evitación T=63): sugiere que hace esfuerzos por mantenerse alejada de los estímulos asociados al acontecimiento traumático lo que le provoca malestar físico o emocional.

c.- Alteración cognitiva y de estado de ánimo (cognitiva T=70): se manifiesta en la presencia de estado de ánimo negativo, dando lugar a un embotamiento emocional relacionado con la indefensión aprendida.

d.- Alteración, activación y reactividad (activación T=63): indica que puede tener un estado de alerta con respuestas de sobresalto que conllevan alteraciones del sueño y problemas de concentración.

2.- Escalas de síntomas:

Las escalas relacionadas con el área externalizante están dentro de los valores normales.

Sin embargo, aparecen puntuaciones significativas en el área internalizante:

á.- Desregulación emocional (desregulación T= 62): indica que tiene dificultades para identificar, comprender o regular sus propias emociones, ya sean positivas o negativas.

b.- Rumiación (rumiación T=67): indica que tiene pensamientos rumiativos.

c.- Malestar sexual (malestar sexual T=70): manifiesta malestar en relación a su vida sexual, así como ansiedad, temor, culpa, vergüenza y con pensamientos o imágenes negativas durante el sexo.

3.- Escalas de alteraciones en las creencias:

á.- Creencias negativas sobre uno mismo (Aut; T=64):

indica tendencia a la desvalorización y a sentimientos de inutilidad e inferioridad.

b.- Creencias negativas de culpa (culpabilización T=68):

indica la presencia de sentimientos de culpa y responsabilidad por los acontecimientos negativos de su propia vida.

c.- Persistencia en la incriminación.

á.- Ausencia de modificaciones esenciales en las

sucesivas declaraciones prestadas por la víctima.

La víctima y denunciante María Rosario ha relatado los hechos que sufrió con mayor o con menor amplitud y precisión, ya que, al haber sufrido un número tan elevado de ataques o de agresiones sexuales y con imposibilidad como consecuencia de ello de su cuantificación numérica, ello hace imposible su detalle y concreción en cada caso de cada uno de los ataques o de las agresiones sexuales; pero en todo caso y a pesar de ello describió en el acto de la celebración del juicio oral el primer ataque o la primera agresión sexual que sufrió con la necesaria precisión y detalle; lógicamente describió o detalló este primer ataque o esta primera agresión sexual por cuanto que, al ser el primero, es el ataque o es la agresión sexual que más veces podrá recuperar de su memoria traumática, ya que las víctimas de agresiones o de ataques sexuales no guardan estas vivencias en la zona de la memoria habitualmente utilizada por el ser humano dentro de su cerebro (amígdala) para almacenar los recuerdos, por muy tristes que puedan ser, sino que estas vivencias las guardan en las memorias traumáticas a las cuales no se tiene fácil acceso desde el propio cerebro y que resurgen como vivencias, y no como recuerdos, de manera repentina y sin control, esto es, la víctima no tiene un acceso completo a su memoria verbal, ya que las memorias traumáticas son memorias desorganizadas y fragmentadas por lo que el acceso a las mismas es paulatino en el tiempo y con recuperaciones de las mismas repentinas y también fragmentadas; pero en todo caso y por lo que aquí respecta la víctima y denunciante María Rosario ha relatado los hechos que sufrió diversas veces y así los ha relatado:

á.- Ante los agentes de la autoridad del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) el día dieciocho del mes de agosto del año 2.020 al interponer la correspondiente denuncia.

b.- En la fase de investigación primero el día ocho del mes de abril del año 2.021 en la entrevista ante el equipo psicossocial adscrito al instituto de medicina legal de Ávila, si bien no haciendo un relato preciso y detallado de caga agresión sexual, pero en todo caso describiendo de manera genérica los hechos tan graves que ha sufrido.

c.- En la fase de investigación en segundo lugar ante la juez del juzgado de instrucción número dos de Arenas de San Pedro (Ávila) en el seno del procedimiento penal de diligencias previas registrado con el número 241/2.020 el día diecisiete del mes de febrero del año 2.021.

d.- Finalmente ante esta sala en el acto de la celebración del juicio.

Sentado lo anterior, en la valoración de la prueba este tribunal colegiado considera que todas sus declaraciones son coincidentes en los hechos nucleares o esenciales, esto es, en los hechos que para la víctima son los esenciales o nucleares ("penetraciones vaginales, anales y bucales"). Se reitera que respecto de tales elementos nucleares o esenciales de los hechos delictivos todas sus declaraciones son coincidentes, ya que siempre y de modo reiterado en todas y cada una de las ocasiones narró haber sido víctima de múltiples y reiterados ataques o agresiones sexuales durante el período desde el año 2.013 (fecha de inicio de la relación de pareja y además de ello de la relación de convivencia entre su madre Santiago y el acusado Evaristo)

hasta el año 2.016 (fecha de la ruptura tanto de la relación de pareja como de la relación de convivencia entre su madre Santiago y el acusado Evaristo).

Es cierto que la defensa del acusado Evaristo introduce la existencia de contradicciones entre las declaraciones más arriba relacionadas y otras declaraciones de la propia víctima tiempo atrás:

á.- El día tres del mes de julio del año 2.017 sobre las 4,09 horas aproximadamente ante los agentes de la autoridad del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila), al retractarse de una denuncia por falta de apoyo familiar y en concreto por falta de apoyo familiar por parte de su madre por un presunto delito contra la libertad sexual con penetración vaginal del que sería presunto autor Florian , manifiesta que "nunca ha sufrido violación alguna por parte de nadie" (acontecimiento digital número 79 del procedimiento penal ordinario o sumario registrado con el número 2/2.023 del juzgado de instrucción número dos de Arenas de San Pedro).

b.- El día dieciséis del mes de febrero del año 2.017 ante el juzgado de instrucción número uno de Arenas de San Pedro dentro del procedimiento penal de diligencias previas registrado con el número 46/2.017, al declarar, siendo todavía menor de edad, en calidad de testigo que "no es cierto lo que refirió su hermana (Tatiana) de que su padrastro (el acusado Evaristo) la había forzado a tener relaciones sexuales" y que "nunca la ha tocado ni se ha acercado a la declarante" (páginas 49 y 50 del acontecimiento digital número 156 del procedimiento penal ordinario seguido ante esta audiencia provincial de Ávila con el número 16/2.023)

Pero es que frente a ello es lo habitual o frecuente, y no lo excepcional, en la práctica forense que las personas menores de edad, e incluso mayores de edad, cuando todavía no son capaces de contar bien a su padre o bien a su madre o bien a terceras personas ajenas, los episodios de agresiones sexuales sufridos, lo que hacen no es negarlo sino ocultarlo. En este sentido es cierto que, cuando la víctima María Rosario declaró tanto ante los agentes de la autoridad del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) como ante el juzgado de instrucción número uno de Arenas de San Pedro (Ávila) ambos en el año 2.017 ya había sufrido los episodios de ataques y de agresiones sexuales por parte del acusado Evaristo y que, a pesar de ello, pudiendo contarlos o denunciarlos, lo ocultó; ahora bien hay que señalar que, como ella manifiesta en el acto de la celebración del juicio oral, es ahora, cuando ya tiene una nueva pareja llamada Justino , con la cual convive, cuando recibe el apoyo tanto de su nueva pareja como de la familia de su nueva pareja y cuando se encuentra embarazada (en el momento de interponer la denuncia ante los agentes de la autoridad de la Guardia Civil y no quiere que su hija sufra lo que ella ha sufrido, cuando se encuentra con las fuerzas, con las capacidades y con las motivaciones suficientes y necesarias para interponer la mencionada denuncia y para iniciar un proceso judicial que para ella, y para cualquier víctima de un ataque o de una agresión sexual, es algo muy duro, al revivir, y no simplemente recordar, los hechos pasados con sus temores, miedos y angustias, y prolongado en el tiempo.

Por tal motivo o por tal causa no es nada extraño, sino incluso más frecuente de lo habitual, que las víctimas de ataques o de agresiones sexuales callen y oculten lo que han sufrido, traten de arrinconarlo en el fondo de sus memorias traumáticas y traten de no revivirlo, sino hasta un momento en el que ya no pueden seguir callando más y hasta un momento en el que se sienten más seguros de sí mismos, más apoyados por su entorno familiar y en definitiva más capaces de "soportar" un proceso judicial, teniendo que volver a "enfrentarse" al agresor y teniendo que volver a revivir todas y cada una de las agresiones y de los ataques sexuales.

b.- Concreción en la declaración.

Estamos en ambas declaraciones tanto en la declaración prestada en fase de investigación o en fase de instrucción ante el juez instructor del juzgado de instrucción número uno de Arenas de San Pedro (Ávila) como en la declaración prestada en el acto de la celebración del juicio oral ante dos declaraciones suficientemente detalladas, ante dos declaraciones que concretan con la precisión necesaria los hechos delictivos, ante una declaración (la prestada en el acto de la celebración del juicio oral) que concreta o detalla la primera agresión o el primer ataque sexual y por tanto ante dos declaraciones que carecen de ambigüedades, generalidades o variedades.

c.- Ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

La inexistencia de contradicciones, salvo lo ya indicado más arriba respecto de la retractación ante los agentes de la autoridad del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) por un presunto delito de agresión sexual del que sería autor Florian y la declaración ante el juzgado de instrucción número uno de Arenas de San Pedro (Ávila) tras la denuncia de la directora del centro educativo de su hermana Tatiana , entre el testimonio de la víctima María Rosario en fase de investigación ante la juez de instrucción y el testimonio de la mencionada víctima en la fase del acto de celebración del juicio oral respecto de los elementos esencial de los hechos

constitutivos de delito ("penetraciones vaginales, anales y bucales") hacen que estemos ante un testimonio totalmente en todo caso completo, estructurado, ilustrativo, persistente, claro, rotundo, fiable y convincente.

En este sentido interesa destacar que:

á.- El hecho de que la víctima María Rosario tuviese conflictos en el centro escolar, teniendo en cuenta la familia tan desestructurada con la cual convivía, los episodios de violencia sexual que sufría y los episodios de malos tratos y de agresiones físicas que presenciaba en casa, no debilita en modo alguno su testimonio; lo raro y lo infrecuente es que con tal situación dentro de su familia no tuviese tales episodios de conflicto y de rebeldía en el centro educativo; pero el hecho de ser una persona conflictiva en su adolescencia ni debilita su testimonio ni puede hacer pensar que no pueda ser, como cualquier otro ser humano, víctima de agresiones o de ataques sexuales.

b.- El hecho de mantener relaciones sexuales con su entonces novio o pareja Enrique y el hecho de mantener relaciones sexuales esporádicamente en dos ocasiones con Florian tampoco debilita su testimonio.

En primer lugar por cuanto que no se exige ningún tipo de "pureza" sexual o algo similar para ser víctima de una agresión o de un ataque sexual; en este sentido extrañó a los dos psicólogos del instituto de medicina legal de Ávila e incluso extraña a este tribunal colegiado el hecho de que se pregunte e incluso se insista en que, cuando se es víctima de una agresión o de un ataque sexual, ni se pueden haber tenido antes relaciones sexuales con una o con más personas ni se pueden tener después; se reitera que no se exige ningún tipo de "pureza" sexual para ser víctima de un delito contra la libertad sexual.

En segundo lugar por cuanto que, como muy bien informó el psicólogo adscrito al instituto de medicina legal de Ávila en el acto de la celebración del juicio en las aclaraciones al informe pericial, cuando se es víctima de un ataque o de una agresión sexual ello puede derivar en la víctima bien en una hiposexualidad o bien en una hipersexualidad y que ambas reacciones son habituales y son consecuencia de la agresión o del ataque sexual sufrido.

c.- No se trata de ningún relato de hechos fabulado; en este sentido por más que los testigos Enrique y Florian por determinadas circunstancias puedan afirmar que María Rosario tiende a mentir en todo caso se trata de personas con las que la citada María Rosario ya no mantiene relación personal alguna por lo que no la conocen en la actualidad y se trata de personas a las que conoció en su adolescencia con lo que ello conlleva de relaciones chichochica; pero en cualquier caso los dos psicólogos autores del informe pericial tanto en su informe pericial como en sus aclaraciones en el acto de la celebración del juicio oral manifiestan con seguridad y rotundidad que no se trata en modo alguno de un relato fabulado.

B.- Testigos de referencia.

a.- Lina : en el curso académico 2.016-2.017 era la directora del centro educativo en donde estaba escolarizada la menor de edad Tatiana ; dicha persona se ratifica en su denuncia ante los agentes de la autoridad del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) el día veintiséis del mes de enero del año 2.027 y en su informe ante el servicio de protección a la infancia dependiente de la gerencia de servicios sociales de Ávila de la Junta de Castilla y León de fecha cuatro del mes de abril del año 2.017; por tanto, a pesar de no recordar muy bien los hechos por el tiempo transcurrido entre tales denuncias o comunicaciones en el año 2.017 y el acto de la celebración del juicio oral, en todo caso se ratificó en que la menor de edad Tatiana les manifestó que había sufrido tiempo atrás o hace años "tocamientos" por parte de su padrastro Evaristo y que su hermana María Rosario sufría conductas más agresivas.

b.- Enrique : a pesar de que su declaración en el acto de la celebración del juicio es en todo momento huidiza y escasamente colaboradora, sin embargo finalmente sí que manifiesta que María Rosario , quien en tales fechas de los hechos era su novia o pareja y compañera de centro educativo, le contó que su padrastro (el acusado Evaristo) la obligaba a tener relaciones sexuales con él pero que él no las vio y que no sabe el contenido o el alcance de tales relaciones sexuales; en cualquier caso, por lo que aquí respecta, interesa destacar que ya en tales fechas la víctima María Rosario le había contado a su novio o pareja Enrique que tenía relaciones sexuales con su padrastro Evaristo , aunque sin precisar su alcance o contenido; en cualquier caso la falta de reacción por parte del entonces menor de edad Enrique es propia de una persona de tan escasa edad y en plena adolescencia, esto es, no supo reaccionar como reaccionaría una persona mayor de edad.

c.- Florian : el citado testigo en el acto de la celebración del juicio oral, por lo que aquí respecta, manifiesta que en las fechas de la denuncia contra él por un presunto delito de agresión sexual se veía que María Rosario se encontraba siempre en shock y bloqueada y que además le relataba constantemente que tenía problemas, y además problemas muy "tochos" con su padrastro (el acusado Evaristo); es cierto que jamás le manifestó que fuese víctima de agresiones o de ataques sexuales o de violaciones por parte del mencionado padrastro,

pero en todo caso sí que manifestaba que tenía con él problemas, que tales problemas eran muy tochos y que estaba constantemente bloqueada y en shock.

C.- Pericial psicológica. Informe psicológico del instituto de medicina legal de Ávila.

Lógicamente la prueba pericial psicológica del instituto de medicina legal de Ávila (acontecimientos digitales números 35, 36 y 166) y las aclaraciones en el acto de la celebración del juicio oral son un elemento de prueba muy importante con un elevado valor y fuerza probatoria, al estar realizadas tales pruebas por personas expertas precisamente por tener conocimientos sobre la veracidad o la falta de la veracidad de los testimonios de las personas víctimas de abusos o de agresiones sexuales.

En este caso concreto los dos psicólogos y la trabajadora social, tras evaluar el contenido de la entrevistas y tras evaluar el contenido de sus diversas fuentes de información documentales, pueden deducir y de hecho así lo deducen que el testimonio de la víctima es sincero, coherente, consistente, contrastado con fuentes colaterales, contextualizado, esto es, compatible con su situación, detallado, con falta de motivación para denunciar en falso, con falta de ganancias secundarias y con falta de patrón de distorsión de respuestas; en definitiva:

a.- En primer lugar no se aprecia motivación para informar en falso ni motivación secundaria para ello; hasta tal extremo es así que, pudiendo agravar la sintomatología actual, sin embargo no lo hace; se limita a narrar los hechos tal y como ella los recuerda en su interior pero sin agravaciones de los mismos.

b.- En segundo lugar no se aprecia que su relato sea producto de una fabulación ya que no ha aportado datos imposibles o incoherentes ni se aprecia que sufra cualquier patología que pueda explicar la existencia de una confusión entre fantasía y realidad.

c.- En tercer lugar no se aprecia que con la interposición de una denuncia ante el puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) ni con el presente procedimiento penal pueda obtener una ganancia secundaria o que esté motivada por móviles de venganza; de hecho, al interponer la denuncia el día dieciocho del mes de agosto del año 2.020 y por tanto tres o cuatro años después de la ruptura de la relación de pareja y de convivencia por parte de su madre Santiago y tres o cuatro años después de ver por última vez al acusado Evaristo, esto es, cuando ya lleva cierto tiempo sin saber nada de él y cuando presumiblemente ya no le va a volver ni siquiera a ver, hace que su testimonio goce de mayor credibilidad pues las ganancias secundarias son nulas, máxime cuando un proceso penal hacer, se reitera, agravar el dolor de las víctimas al tener que revivir lo acontecido.

d.- En cuarto lugar María Rosario ha sufrido por DIRECCION005 y una sintomatología ansioso depresiva por haber sido víctima de episodios reiterados de agresiones y de ataques sexuales; es cierto que en la sintomatología que presenta también influye el hecho de haber estado en el seno de una familia desestructura, el hecho de estar en una familia con malos tratos físicos al menos hacia su hermana y el hecho de haber sufrido malos tratos al menos psíquicos por compañeros o compañeras del centro educativo pero en todo caso algunos de los síntomas que presenta solamente pueden obedecer a episodios de agresiones o ataques sexuales.

Por todo ello y en definitiva estamos ante una narración de hechos por parte de la víctima totalmente creíbles y verosímiles.

Segundo.- Valoración de la prueba de descargo.

Con relación a la valoración de la prueba de descargo los elementos de prueba que este tribunal colegiado debe valorar son los siguientes:

1.- Declaración del acusado Evaristo : el acusado en su declaración en el acto de la celebración del juicio se limita a negar, tal vez de una forma un tanto genérica, los hechos objeto de acusación y así manifiesta que jamás ha inducido a la entonces menor de edad María Rosario a mantener relaciones sexuales con personas de la propia familia como prácticas para el inicio de su vida sexual, que jamás ha mantenido relaciones sexuales de ninguna clase o de ningún tipo, esto es, ni relaciones sexuales vaginales, ni relaciones sexual anales ni relaciones sexuales bucales con la mencionada entonces menor de edad María Rosario y que jamás ha sido el titular del perfil " DIRECCION002 " de la red social Tuenti; ahora bien el simple hecho de negar a lo largo del presente procedimiento penal y especialmente en el acto de la celebración del juicio oral haber cometido los hechos objeto de acusación, sin al mismo tiempo dar una explicación razonada y razonable del motivo o de la causa en virtud del cual la perjudicada María Rosario haya interpuesto denuncia ante el puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila), haya tenido una entrevista ante el equipo psico-social adscrito al instituto de medicina legal de Ávila, haya prestado declaración en fase de investigación ante el juzgado de instrucción y finalmente haya declarado en el acto de la celebración del juicio oral, no puede ser considerado como una

prueba de descargo con fuerza o con valor probatorio suficiente en contra de toda la prueba de cargo detallada en el fundamento de derecho anterior.

2.- Posibles fines espurios de la declaración de la víctima María Rosario y posibles contradicciones en las declaraciones de la mencionada víctima a lo largo del tiempo con relación a su declaración el día tres del mes de julio del año 2.017 sobre las 4,09 horas aproximadamente ante los agentes de la autoridad del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila), al retractarse de una denuncia y con relación a su declaración el día dieciséis del mes de febrero del año 2.017 ante el juzgado de instrucción número uno de Arenas de San Pedro dentro del procedimiento penal de diligencias previas registrado con el número 46/2.017.

Ambas cuestiones han sido ya extensamente analizadas en el fundamento de derecho anterior por lo que lógicamente este tribunal colegiado debe remitirse al mismo.

3.- Declaración en calidad de testigo en el acto de la celebración del juicio oral de Enrique .

Es cierto que el testigo en el acto de la declaración del juicio oral manifiesta que su entonces novia o pareja María Rosario durante las fechas de su relación de noviazgo o de pareja "mentía bastante", pero no se trata de entrar a valorar si entre los años 2.013 y 2.016 ó 2.017 María Rosario , siendo en tales fechas menor de edad y en plena adolescencia, mentía o no mentía sobre cuestiones seguramente escasamente importantes sino de entrar a valorar si actualmente y sobre los presentes hechos tan trascendentes cuenta la verdad en la narración de los hechos y sobre tal cuestión tenemos el informe pericial psicológico y sus aclaraciones en el acto de la celebración del juicio oral, ya analizado en el fundamento de derecho anterior y que por tanto se debe dar ahora por reproducido, en el sentido de que es un relato no fabulado, coherente, contextualizado, etc.

4.- Declaración en calidad de testigo en el acto de la celebración del juicio oral de Florian .

Es cierto que el testigo Florian en su declaración ante los agentes de la autoridad de la Guardia Civil del puesto de DIRECCION001 (Ávila) el día dos del mes de julio del año 2.017 manifiesta que "desde que conoce a María Rosario ésta siempre relata episodios en los que supuestamente su madre le pega, pero que él no la cree en ningún momento, ya que sabe que suele inventar historias" (página once del acontecimiento digital número 156 del procedimiento penal ordinario seguido ante esta audiencia provincial de Ávila con el número 16/2.023) y que el mencionado testigo Florian en el acto de la celebración del juicio oral ratificó tales manifestaciones.

Ahora bien, el testigo Florian realizó tales manifestaciones lógicamente en su descargo tras haber interpuesto una denuncia contra él en el mencionado puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) por un delito contra la libertad sexual por parte de María Rosario , esto es, tras tener conocimiento de la denuncia contra él interpuesta por un delito muy grave, manifiesta lo que cree conveniente en su descargo y lógicamente lo que cree conveniente es afirmar que María Rosario estaba mintiendo y que suele mentir o "inventarse historias".

Pero no se trata de entrar a valorar si, al interponer una denuncia en forma oral el día dos del mes de julio del año 2.017 ante los agentes de la autoridad del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) por un presunto delito contra la libertad sexual la menor de edad María Rosario mentía o no mentía, esto es, se inventaba o no se inventaba una historia sino de entrar a valorar si actualmente y sobre los presentes hechos tan trascendentes cuenta la verdad en la narración de los hechos y sobre tal cuestión tenemos, al igual que en el supuesto anterior, el informe pericial psicológico y sus aclaraciones en el acto de la celebración del juicio oral, ya analizado en el fundamento de derecho anterior y que por tanto se debe dar ahora por reproducido, en el sentido de que es un relato no fabulado, coherente, contextualizado, etc.

5.- Declaración en calidad de testigo en el acto de la celebración del juicio oral de Roman .

Independientemente de la relación de amistad profunda que une al testigo Roman con el acusado Evaristo , lo cual evidentemente debilita su testimonio, en cualquier caso poco añade en materia probatoria al presente proceso penal, por cuanto que evidentemente no puede conocer los hechos que acontecían en el interior del seno del hogar o de la familia formada por el propio Evaristo , por Santiago , por Tatiana y por la víctima María Rosario ; ni el testigo Roman estaba en el interior de dicha familia y de dicho hogar, por lo que necesariamente, se reitera, desconoce lo que ocurría en su interior, ni lógicamente podemos esperar que el acusado Evaristo le contase a su amigo, por muy amigo que fuese, Roman que estaba manteniendo relaciones sexuales plenas por vía vaginal, por vía anal y por vía bucal con su hijastra menor de edad María Rosario ; no podemos esperar que se lo contase ni a él ni a nadie.

6.- Falta de identificación del titular del Nick " DIRECCION002 " de la red social Tuenti.

Es cierto que la sociedad mercantil Telefónica Móviles España S.L.U. (acontecimiento digital número 217 del procedimiento penal ordinario o sumario registrado con el número 2/2.023 del juzgado de instrucción número dos de Arenas de San Pedro) contestó literalmente que "la línea interesada (NUM004) no corresponde a ningún cliente de Telefónica Móviles España S.A.U. ni de Tuenti en el período solicitado", ya que con fecha

de veintisiete del mes de julio del año 2.009 tal línea telefónica había sido portada a la sociedad mercantil operadora de telefonía móvil Vodafone Móvil y ya que con fecha de veinticinco del mes de junio del año 2.015 tal línea telefónica había sido portada a la sociedad mercantil operadora de telefonía móvil Xfera Móviles S.A.; pero a pesar de conocer las entidades operadoras de telefonía móvil titulares de la línea de telefonía móvil NUM004 no se solicitó por ninguna de las partes procesales ni por el ministerio fiscal ni por la acusación particular ni por la defensa su colaboración como medio de prueba para el esclarecimiento de los hechos.

Ahora bien frente a ello, tenemos el testimonio de la víctima María Rosario ya desde la interposición de su denuncia ante los agentes de la autoridad del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION004 (Ávila) como en su declaración en calidad de perjudicada en fase de investigación ante el juzgado de instrucción número dos de Arenas de San Pedro (Ávila) el día diecisiete del mes de febrero del año 2.021 como especialmente en el acto de la celebración del juicio oral ante este tribunal colegiado; en todas ellas expone de modo claro, diáfano y contundente que descubrió que el titular del Nick " DIRECCION002 " de la red social Tuenti era su padrastro el acusado Evaristo y no solamente ello, esto es, no solamente realizó tal descubrimiento sino que además de ello a partir de entonces ya se negó a mantener cualquier tipo de relaciones sexuales con su mencionado padrastro y acusado Evaristo y es a partir de entonces cuando, para doblegar su voluntad o para tenerla atemorizada, realiza comportamientos tales como en una ocasión pintarla las zapatillas con la expresión "soy una puta y una guarra", en otra ocasión colocar una compresa con restos de la menstruación de ella en el parabrisas del vehículo de motor cuando la llevó al colegio con la finalidad de avergonzarla ante sus compañeros de colegio, registrarla sus efectos personales o impedirle que se relacionara con otros chicos.

Por tanto no es que simplemente descubriese quién era en realidad el titular del Nick " DIRECCION002 " de la red social Tuenti sino que como consecuencia de tal descubrimiento casual tuvo que sufrir las consecuencias personales de ello.

Pero es que, además de todo lo anterior, la víctima María Rosario explica de manera precisa y detallada cómo lo descubrió, al afirmar que lo descubrió tras una actualización del ordenador, aunque bien pudiera ser tras una actualización de la propia red social, cuando la línea telefónica que tenía registrada como " Gotico " apareció vinculada con el Nick " DIRECCION002 ", sin que el hecho de que anteriormente entre los años 2.013 y 2.016 hayan podido existir más actualizaciones tanto del ordenador como de la mencionada red social ello implique que necesariamente tuviese que verse automáticamente que el Nick " DIRECCION002 " de la red social Tuenti tuviese que estar vinculado con la línea telefónica denominada por parte de María Rosario como " Gotico " y sin que el hecho de que tal vez apareciesen como vinculadas signifique que obligatoriamente lo tuviese que ver en primer lugar la víctima María Rosario y no el propio acusado Evaristo .

7.- Retraso o tardanza en la presentación de la denuncia ante los agentes de la autoridad del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) el día dieciocho del mes de agosto del año 2.020 cuando los hechos ocurrieron entre los años 2.013 y 2.016: tal cuestión relativa a un supuesto retraso en la interposición de una denuncia por un delito contra la libertad e indemnidad sexual del cual es víctima una persona menor de edad ha sido incluso justificada por la jurisprudencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo por ejemplo en su sentencia de fecha treinta del mes de enero del año 2.019 al afirmar literalmente que "también se ha alegado la tardanza en denunciar. En efecto, desde que sucedieron los hechos en el mes de febrero del año 2.013, no se denunciaron hasta el día cinco del mes de mayo del año 2.015. Pero hemos dicho que, cuando se trata de menores perjudicados por hechos de contenido sexual, no es lo mismo que en el caso de víctimas mayores, las cuales denuncian, como es natural, inmediatamente los hechos, porque ningún sentido tiene tardar años, a salvo naturalmente cualquier elemento de coacción que impida tal denuncia. En el caso de los menores, la cuestión es diferente, primero porque los efectos intimidatorios son tan grandes e impactantes que el menor no sabe exactamente a lo que se está enfrentando; por eso tardan tiempo en confesarlo a sus amigos o amigas de su propia edad y, ordinariamente después, a sus progenitores. En segundo lugar, por ello el legislador lo ha tenido en cuenta para ampliar los plazos de la prescripción, computándolo, en caso de los menores, a partir de su mayoría de edad".

Más recientemente la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de diecisiete del mes de junio del año 2.022 afirma que "en cuanto a la tardanza en denunciar, coincidimos con el recurrente en que puede traducirse en una significativa disminución de las posibilidades para obtener elementos corroborativos externos a la propia narración, si bien ello no resulta por sí suficiente para descartar la fiabilidad de la información aportada por el único y decisivo testigo.

En ocasiones, la pérdida de potenciales informaciones corroborativas puede explicarse por factores causales muy diversos que nada tienen que ver con la voluntad de la persona que afirma haber sido victimizada o con su estrategia de persecución. No es ni mucho menos infrecuente que la persona victimizada no pueda denunciar el hecho al tiempo de producción. Situaciones de incapacidad física, de coerción moral, de bloqueo



emocional, de miedo pueden explicarlo. Y pueden, incluso, otorgar, de forma indirecta, mayor atendibilidad al relato primario."

Tal doctrina jurisprudencial de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo sobre la tardanza en denunciar en los supuestos de delitos contra la libertad sexual cuando la víctima de los mismos es una persona menor de edad (en este caso concreto objeto de enjuiciamiento incluso menor de doce años), también es aplicable al presente caso por cuanto que:

a.- La víctima María Rosario , mientras estaban ocurriendo los hechos objeto de acusación, era menor de edad y no tenía ningún tipo de apoyo familiar:

á.- Por un lado no mantenía ningún tipo de relación de ninguna clase con su padre biológico, por lo que escaso apoyo podía esperar entonces de él.

b.- Por otro lado su hermana Tatiana era cinco años más pequeña que ella por lo que en consecuencia tenía, mientras ocurrían los citados hechos objeto de acusación, entre ocho y once años, por lo que, por muy desarrollada que pudiese estar intelectualmente para su edad, tampoco podía prestar un apoyo adecuado para esta clase de hechos; en cualquier caso, teniendo en cuenta su muy corta edad, comunicó los hechos, tal y como ella los vivía y tal y como ella los veía, a quien podía comunicarlos, esto es, a las personas que ejercían la dirección y la autoridad dentro del centro educativo al cual ella asistía, sin que, tal y como se ha indicado anteriormente, la reacción de las autoridades administrativas, sociales, educativas y judiciales fuese la más deseable.

c.- Por otro lado tenía un novio o pareja llamado Enrique al cual sí que le contó, como suele ser habitual en la práctica forense en estos casos en los cuales la víctima de una agresión o de un ataque sexual se lo cuenta en primera lugar no a sus padres, esto es, ni a su padre ni a su madre, sino que se lo cuenta en primer lugar a su amigo o amiga más cercano y además de su misma edad aproximada; es cierto que le contó de una forma genérica los hechos que estaba sufriendo por parte de su padrastro el acusado Evaristo sin entrar en concretos y precisos detalles; ahora bien su novio o pareja Enrique era también muy pequeño en tales fechas por lo que su reacción fue más bien de no saber qué hacer; de hecho en el acto de la celebración del juicio oral trataba como de justificarse por su falta de reacción, como si tuviese que buscar alguna justificación tras tener conocimiento de hechos tan graves con su muy corta edad y su todavía falta de experiencias vitales fuera del seno de su propia familia.

d.- Por último tenía una madre biológica con la cual convivía Santiago .

Ahora bien dicha madre escaso apoyo familiar prestaba no solamente a la entonces menor de edad María Rosario sino incluso a su otra hija Tatiana , hasta el extremo de que esta última en sus manifestaciones ante quienes ejercían la dirección y la autoridad dentro de su centro escolar o educativo ya informó de que se su madre la golpeaba con un cinturón y que ante los castigos incluso físicos por parte de su padrastro el acusado Evaristo incluso con una fusta y ante los castigos de cualquier otro tipo o de cualquier otra clase por su mencionado padrastro su madre Santiago , quien tenía la obligación en el ejercicio de la patria potestad de protegerla, no hacía absolutamente nada; en consecuencia tampoco podía esperar ningún apoyo por parte de ella.

Pero es que incluso, y además de lo anterior, cuando presentó posteriormente una denuncia por un supuesto delito contra la libertad sexual del que sería presunto autor Florian , lejos de apoyarla, la presionó para que se retractase de su denuncia y de hecho así lo hizo.

b.- Por el contrario en la actualidad tiene el apoyo de su actual novio o pareja Justino y de la familia de este último, por lo que, al sentirse ya apoyada y arropada por sus actuales familiares más cercanos, es cuando ya ha tenido la capacidad y la fuerza interior suficiente para inicialmente presentar denuncia ante el puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) y para luego continuar con el presente procedimiento penal entrevistándose con el equipo psico-social adscrito al instituto de medicina legal de Ávila y declarando primero en fase de investigación ante el juzgado de instrucción número dos de Arenas de San Pedro (Ávila) y luego especialmente en el acto de la celebración del juicio oral.

c.- Por último, al haber estado embarazada y al haber tenido un bebé, ello le ha servido o le ha dado más fuerzas y más energía para, se reitera, inicialmente presentar denuncia ante el puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila) y para luego continuar con el presente procedimiento penal entrevistándose con el equipo psico-social adscrito al instituto de medicina legal de Ávila y declarando primero en fase de investigación ante el juzgado de instrucción número dos de Arenas de San Pedro (Ávila) y luego especialmente

en el acto de la celebración del juicio oral, ya que no quiere ni desea que a su bebé le toque sufrir lo que ella ha sufrido en su adolescencia.

Tercero.- Calificación jurídico penal de los hechos declarados probados cometidos por Evaristo como delito de abusos sexuales previsto y penado en el artículo 181 apartados primero, tercero y cuarto del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal.

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos del delito agravado de abusos sexuales, comprendido en el artículo 181 apartados primero, tercero y cuarto del código penal vigente en la fecha de comisión de los hechos, esto es, en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal, del que fue víctima María Rosario y del que acusa tanto el ministerio fiscal como la acusación particular al procesado Evaristo, al venir sobradamente acreditados los presupuestos necesarios para su tipificación.

En efecto, los elementos integrantes del delito de abuso sexual son los siguientes:

a.- Un requisito objetivo, que estriba en una acción lúbrica proyectada en el cuerpo de otra persona, esto es, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo de contacto corporal puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto.

b.- Un elemento intencional o psicológico, representado por la finalidad lasciva, esto es, un elemento subjetivo o tendencial consistente en el ánimo o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro, si bien no sobra recordar que el dolo correspondiente a los delitos de abusos sexuales no comprende ánimo especial alguno sino, lisa y llanamente, el conocimiento de la acción realizada y del contenido o significado sexual de la misma.

Sobre tal cuestión la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo 615/2.018 de tres del mes de diciembre transcribe la también sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo 415/2.017 de ocho del mes de junio que dice lo siguiente: "La doctrina de esta sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituya un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción.

En tal sentido se pronuncia la sentencia del tribunal supremo 853/2.014 de diez del mes de diciembre. En la misma línea, en la sentencia del tribunal supremo número 147/2.017 de ocho del mes de marzo se afirma que "el bien jurídico protegido se fija por la jurisprudencia en la denominada indemnidad sexual. Se recuerda así en la sentencia del tribunal supremo 54/2.016 que el móvil del autor, singularmente el denominado ánimo libidinoso, resulta excluido como elemento del tipo.

Basta, por lo tanto, con el dolo genérico, para cuya existencia, en lo que aquí interesa, es suficiente con constatar que el autor conoce el significado sexual de su comportamiento".

c.- El elemento consistente en la vulneración de la libertad o indemnidad sexual de la víctima, sin empleo de violencia o intimidación contra ella y sin que medie consentimiento, considerándose abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o cuyo trastorno mental se abusare así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, no siendo tampoco válido el consentimiento cuando se obtenga prevaleciéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de tal víctima (por todas, sentencias de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de veinticuatro del mes de mayo del año 1.983, siete del mes de febrero del año

1.987, dos del mes de noviembre del año 1.988 y veinticuatro del mes de marzo del año 1.997).

En definitiva, cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y como tal ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 del código penal, sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

En este sentido la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de fecha tres del mes de junio del año 2.020 afirma que "el delito de abuso sexual es aquel en el que el sujeto pasivo atenta igualmente contra la libertad sexual de la víctima, pero sin violencia e intimidación y sin que medie consentimiento (artículo 181). Pero esa falta de consentimiento, a salvo de tocamientos episódicos o fugaces, lo deduce la ley penal

cuando el consentimiento esté viciado y, en consecuencia, sea éste bien inválido, bien inexistente. Por eso el código penal señala que, a los efectos de tipificar este delito, "se consideran abusos sexuales no consentidos" aquellos a los que se refiere el precepto, porque en tales casos el consentimiento se ha obtenido inválida o viciadamente; y así:

a.- Los que se ejecuten sobre personas que se hallen

privadas de sentido.

b.- Sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare.

c.- Los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

d.- Cuando se obtenga un consentimiento viciado por prevalerse el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima".

Y sigue afirmando la citada sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo que "consecuencia de lo anterior, como decíamos en nuestra reciente sentencia 216/2.019 de veinticuatro del mes de abril, "se desprende que en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador y en el delito de agresión sexual la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley y por eso el código penal se expresa disponiendo que "se consideran abusos sexuales no consentidos" los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad".

Más recientemente la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de fecha tres del mes de julio del año 2.020 afirma que "pues bien, los recurrentes son condenados por la vía del artículo 181 del código penal que sanciona:

1.- El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2.- A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

... 4.- En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

Con ello, este precepto sanciona el acto sexual llevado a cabo:

a.- Sin violencia o intimidación.

b.- Pero sin que medie consentimiento.

c.- Entendiéndose que se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido.

d.- A nivel penológico se fija una agravación cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

Y sigue afirmando la citada sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo que "consecuencia de lo anterior, como decíamos en nuestra reciente sentencia 216/2.019 de veinticuatro del mes de abril, "se desprende que en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador y en el delito de agresión sexual la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley y por eso el código penal se expresa disponiendo que "se consideran abusos sexuales no consentidos" los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad".

Más recientemente la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de fecha tres del mes de julio del año 2.020 afirma que "pues bien, los recurrentes son condenados por la vía del artículo 181 del código penal que sanciona:

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

... 4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

Con ello, este precepto sanciona el acto sexual llevado a cabo:

a.- Sin violencia o intimidación.

b.- Pero sin que medie consentimiento.

c.- Entendiéndose que se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido.

d.- A nivel penológico se fija una agravación cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

El tribunal ha fijado la ubicación de los hechos probados en la subsunción en este tipo penal, dado que existió un "aprovechamiento" del estado étlico en el que se encontraba la víctima, y fue en virtud de ese aprovechamiento por lo que pudieron llevar a efecto estos actos sexuales que a continuación se describen en los hechos probados, porque posiblemente la víctima no lo hubiera aceptado si no estuviera afectada por la ingestión de alcohol que se declara probado, estableciendo el texto penal en el apartado segundo una "presunción de abusos sexuales no consentidos" cuando se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido.

El reproche penal que lleva consigo este tipo penal, y que se ajusta a los hechos probados, se basa en ese aprovechamiento de mujeres que han podido consumir alcohol en exceso, lo que les lleva a un estado de absoluta merma y anulación de facultad para decidir y de lo que se aprovecha el sujeto activo para cometer el acto sexual, lo que es más grave cuando la conducta se lleva a cabo por varios sujetos, como aquí ocurrió, lo que permite que la actuación grupal tienda a asegurar, aún más, la ejecución de los instintos sexuales de los autores y haga absolutamente ineficaz cualquier signo o intento de oposición de la víctima, que, estando con sus facultades decisorias anuladas casi por completo, añade que el delito sexual se perpetra por varios sujetos, lo que determina la gravedad y vileza de este tipo de actos cometidos por varios hombres sobre una mujer al aprovecharse de su estado de ingestión de alcohol o drogas para realizar actos sexuales que deben integrar el mayor reproche penal por el ataque a la libertad sexual de una mujer cuando ésta se encuentra privada de sentido, lo que viene a constituir una sustitución de la violencia que se necesitaría para vencer la resistencia de la mujer por el aprovecharse de su estado de casi inconsciencia para realizar el acto sexual por no necesitar la violencia para conseguirlo. En uno u otro caso, la similitud existe, porque lo que se lleva a cabo es un "vencimiento" de la voluntad de la víctima, bien con la violencia o intimidación, o bien con el aprovechamiento de su estado por la ingesta de alcohol o drogas.

Así, con el ejercicio de la violencia o intimidación se vence la oposición de la víctima a llevar a cabo el acto sexual y con el aprovechamiento del estado de la víctima por la ingesta el consentimiento ya se obtiene por ese "aprovechamiento", con la perversidad del autor se manifiesta de igual modo por llevar a cabo un acto sexual en ambos casos "no consentido" en cualquier caso".

En aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo sobre el alcance y el contenido así como los requisitos y elementos del tipo del delito de abusos sexuales previsto y penado en el artículo 181 apartados primero, tercero y cuarto del código penal vigente en la fecha de comisión de los hechos, esto es, en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal, al presente supuesto objeto de enjuiciamiento no existe duda racional alguna de que los hechos declarados probados ejecutados por el procesado y acusado Evaristo están comprendidos dentro de dicho precepto penal, por cuanto que:

A.- Respecto del requisito objetivo, no existe duda racional alguna de la ejecución no simple o solamente de una acción lúbrica proyectada en el cuerpo de otra persona, esto es, no existe duda racional alguna de la ejecución no simple o solamente de un contacto corporal con significación sexual, sino que el procesado y acusado Evaristo ejecutó múltiples e innumerables acciones lúbricas sobre la persona entonces menor de edad María Rosario ; tales múltiples e innumerables acciones lúbricas consistían en el acceso carnal o penetración con su miembro viril tanto por vía vaginal como por vía anal como por vía oral o bucal.

B.- Respecto del elemento intencional o psicológico, representado por la finalidad lasciva, esto es, respecto del elemento subjetivo o tendencial consistente en el ánimo o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otra persona, tampoco existe duda racional alguna de que el procesado y acusado Evaristo tenía pleno conocimiento de las acciones que realizaba así como del contenido o significado sexual de las mismas, ya que no se ha alegado, y mucho menos aún se ha acreditado, ninguna discapacidad psíquica que le limite para el conocimiento de los hechos de los actos que estaba realizando.

En este sentido se reitera que basta con el dolo genérico, para cuya existencia, en lo que aquí interesa, es suficiente con constatar que el autor de los hechos Evaristo conoce el significado sexual de su comportamiento, lo cual evidentemente no es objeto de duda racional alguna.

C.- Respecto del elemento consistente en la vulneración de la libertad o indemnidad sexual de la víctima Tatiana , sin empleo de violencia o intimidación contra ella y sin que medie consentimiento, considerándose abusos sexuales no consentidos, por lo que aquí respecta, los que se ejecuten sobre personas cuyo consentimiento inválido se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de tal víctima, se analizará más adelante.

Cuarto.- Prestación de consentimiento viciado por parte de la víctima conforme al artículo 181 y apartado tercero del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal.

Respecto de la presente cuestión la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de dieciséis del mes de septiembre del año 2.021 afirma que "el recurrente, partiendo de que ... consintió mantener las relaciones y que lo hizo cuando había cumplido los trece años, sostiene que no procede la aplicación del artículo 181 del código penal entonces vigente.

El recurso elude que el artículo 181.3 del código penal sí preveía la aplicación de la pena correspondiente a los abusos "cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima".

Nuestra jurisprudencia ha destacado que el prevalimiento en relación a este tipo de delitos existe siempre que para la ejecución se aproveche una superioridad del agente que limite la capacidad de decisión del sujeto pasivo, quien consentiría sin libertad plena una relación sexual que no se hubiera producido de otro modo.

Al respecto, decíamos en nuestra sentencia 868/.2002 de diecisiete del mes de mayo (con cita de la sentencia 170/2.000 de catorce del mes de febrero) que la expresión, "prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima", comporta la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente ("manifiesta"), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también "eficaz", es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce. Todo sin que se limitara entonces la aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configuraba genéricamente la circunstancia como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se debía encontrar en una manifiesta situación de inferioridad que restringiera de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovechaba deliberadamente de su posición de superioridad, con independencia de que fuera laboral, docente, familiar, económica, de edad o de cualquier otra índole, consciente de que la víctima tendía coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

Decíamos que esta circunstancia no implicaba que el abuso sexual con prevalimiento exigiera la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo.

En todo caso, nuestra jurisprudencia recordaba que, aunque el abuso sexual con prevalimiento no limitaba su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, es claro que la edad de la víctima debía

tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento pues, cuanto menor fuera dicha edad, menos capacidad de libre discernimiento tendría la persona afectada, y cuanto mayor fuera la edad del sujeto activo, más marcado estaba el aprovechamiento de la superioridad respecto de aquel. Y remarcábamos incluso que, si el legislador en aquel momento estimaba en todo caso que constituían abusos sexuales no consentidos los que se ejecutaban sobre menores de trece años, era claro que en personas muy próximas a dicha edad la posibilidad de coartar la capacidad de discernimiento se apreciaba muy relevante, aun cuando la situación de superioridad no fuera especialmente intensa.

Más allá del elemento de la edad, hemos destacado que uno de los condicionamientos más relevantes, para establecer una relación de superioridad, es el parentesco que el sujeto activo pueda tener con su víctima o cualquier otra relación de autoridad o de prevalencia que atribuya al autor una situación de predominio que pueda llegar a coartar la libertad de la víctima, como acontece en todos aquellos supuestos en los que un individuo, por la relación afectiva que mantenga con los ascendientes del menor, tiene reconocido un influjo personal, educativo o doméstico sobre él".

Por su parte la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de catorce del mes de febrero del año 2.021 en su fundamento de derecho octavo afirma que "3.1.- Conforme reiterada jurisprudencia de esta sala, el tipo penal por el que ha resultado condenado ... , resulta de aplicación en los casos en que el sujeto activo se aprovecha dolosamente en una situación de superioridad con respecto a la víctima. No se integra por la ausencia de consentimiento sino por el hecho de obtenerlo prevaleándose de una situación de superioridad. Dicha superioridad ha de ser notoria y eficaz, esto es, objetivamente apreciable y no sólo subjetivamente percibida por una de las partes, así como suficiente para restringir de modo relevante la capacidad de la víctima para decidir libremente. Basta con la existencia de una situación de superioridad o ventaja del sujeto activo de la que se aprovecha. La jurisprudencia ha considerado la existencia de esa superioridad en casos de escaso coeficiente intelectual de la víctima (sentencia del tribunal supremo número 456/2.000 de veintiuno del mes de marzo). Asimismo cuando el profesor se aprovecha de su situación sobre el alumno, tratándose el acusado de un profesor maduro que se aprovechaba de su condición docente y de la temprana edad de su discípulo, de quince años, para abusar sexualmente del mismo, coartando con su autoridad la libertad del menor, con lo que se produjo un consentimiento viciado por el abuso de superioridad (sentencia del tribunal supremo número 223/2.000 de veintiuno del mes de febrero); o cuando existe una situación equiparable a la familiar. También la jurisprudencia incluye en el tipo penal casos de desproporción entre la edad del sujeto activo y la víctima, aunque el dato cronológico no puede operar de forma automática sino sólo en la medida en que contribuya efectivamente a colocar a una persona en una situación de desequilibrio respecto de otra, en lo que se refiere a la capacidad de autodeterminarse sobre el uso del propio cuerpo en relaciones de contenido sexual (sentencia del tribunal supremo número 379/2.002 de seis del mes de marzo). Se aprecia prevalimiento cuando, además de la diferencia de edad, la víctima presenta un defecto de madurez o de la capacidad para determinar con plena libertad el uso del propio cuerpo en la concreta relación sexual y dicha circunstancia es conocida y aprovechada por el mayor de edad para obtener el consentimiento del menor a la relación sexual.

Señalábamos en las sentencias de esta sala 512/2.013 de trece del mes de junio, con referencia a la sentencia 1.287/2.003 de diez del mes de octubre, que "el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo" (sentencia del tribunal supremo de diez del mes de octubre del año 2.003) (auto del tribunal supremo de catorce del mes de mayo del año 2.010)".

En el marco de este delito, coartar equivale a obstaculizar o limitar de manera relevante el uso por un sujeto de su capacidad para autodeterminarse, en un marco de relaciones que tienen por objeto alguna forma de ejercicio de la sexualidad (sentencia del tribunal supremo número 781/2.004 de veintitrés del mes de junio)".

Por último la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de tres del mes de junio del año 2.020 afirma que "respecto a la negada situación de prevalimiento, hemos de recordar que prevalerse es tanto como valerse o servirse de algo que supone un privilegio o una ventaja, en clave penal, y hemos de partir de su naturaleza subjetiva (sobresubjetiva la califica la sentencia del tribunal supremo de dos del mes de marzo del año 1.990) que tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad y que proporciona en el plano moral a una persona un servicio o una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con la finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima.

Con respecto a los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación del prevalimiento, esta sala ha descrito el prevalimiento como el *modus operandi* a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos:

a.- Situación manifiesta de superioridad del agente.

b.- Que dicha situación influya de forma relevante

coartando la capacidad de decidir de la víctima, y

c.- Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevenga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima.

El código penal define el prevalimiento con una nota positiva, como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que exista una situación de superioridad y que ésta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación, no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento, aunque en nuestro caso también se aprecian episodios de esta naturaleza). En tal sentido, sentencia del tribunal supremo 170/2.000 de catorce del mes de febrero o sentencia del tribunal supremo de diez del mes de octubre del año 2.003. En definitiva, el prevalimiento, por lo que hace a este tipo de delitos, exige siempre ese abuso de superioridad del agente que, de hecho, limita la capacidad de decisión del sujeto pasivo que consiente viciadamente y acepta una relación sexual que no quiere.

Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada.

Por el contrario, en el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima, sino que hay una ausencia de consentimiento; ésta se encuentra doblegada por la intimidación y por el miedo que le provoca la actitud del agente.

El elemento típico del prevalimiento supone la situación de superioridad, de ventaja o de privilegio generada por una ascendencia del sujeto activo sobre el pasivo que instrumentaliza y pone a su servicio la ascendencia sobre sujeto pasivo para alcanzar las finalidades que persigue en detrimento de la víctima. Se trata de obtener un consentimiento de la víctima viciado por la situación de superioridad que fluye de forma relevante, llegando a coartar la capacidad de decidir de la víctima, al tiempo que correlativamente supone un aprovechamiento de esta situación para obtener el consentimiento y aprovecharse del mismo. En definitiva, el sujeto activo se aprovecha de una situación de superioridad, para limitar la capacidad de decisión que un sujeto pasivo que por su corta edad, por sus condicionamientos psíquicos o por la ascendencia del sujeto activo o por las especiales concurrencias que se detallen, consiente viciadamente y acepta una relación sexual motivada por esa relación de procedimiento. La libre voluntad aparece condicionada ante la superioridad aprovechada del sujeto activo (sentencia del tribunal supremo 567/2.019 de veinte del mes de noviembre).

Señalábamos en las sentencias de esta sala 512/2.013 de trece del mes de junio, con referencia a la sentencia del tribunal supremo 1.287/2.003 de diez del mes de octubre, que "el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo" (sentencia del tribunal supremo de diez del mes de octubre del año 2.003).

Por otro lado, en el caso sometido a nuestra consideración casacional, los menores carecen de tal autodeterminación, dada su franja de edad, y el delito afecta a su indemnidad sexual.

Traemos a colación el precedente constituido por la sentencia del tribunal supremo 646/2.019 de veinte del mes de diciembre, en donde "se aprecia en la actuación del acusado una situación de superioridad manifiesta de la que abusó o se aprovechó frente a sus víctimas, derivada no sólo de su diferencia de edad, sino de su ascendencia personal que como entrenador tenía sobre ellos, habiéndose granjeado su confianza y cariño y creado una relación de dependencia en el ámbito deportivo y en el personal".

En consecuencia, la calificación es acertada, y el abuso se proyecta directamente sobre la indemnidad sexual de los menores, víctimas de estos hechos".

En el presente supuesto objeto de enjuiciamiento es claro que el acusado Evaristo se prevaleció, con sustantividad propia, entre otros aspectos de su relación de parentesco como padrastro o padre por afinidad para con la persona menor de edad María Rosario a fin de obtener de este modo un consentimiento totalmente viciado e incluso inexistente y a fin de este modo poder cometer los diferentes hechos de contenido sexual, por cuanto que:

a.- En primer lugar por la propia relación de parentesco por cuanto que el autor de los hechos Evaristo era, en la fecha en la cual ocurrieron los hechos entre el año 2.023 y el año 2.016, la pareja de hecho de la madre de la víctima María Rosario, con la cual junto con sus dos hijas María Rosario y Tatiana además convivía en el mismo domicilio, y por tanto una persona en la cual lógicamente la mencionada víctima tenía que haber depositado la máxima confianza.

b.- En segundo lugar por la convivencia ya señalada en el mismo domicilio sustentada en la mencionada relación familiar existente; en este sentido se debe reiterar y destacar que, cuando se cometieron los hechos de contenido sexual, tanto el acusado Evaristo como la víctima María Rosario convivían en el mismo domicilio sito en la localidad de DIRECCION001 (Ávila).

c.- En tercer lugar por el hecho de que el acusado Evaristo materialmente ejercía las funciones de padre y especialmente tras la relación no solamente de pareja sino especialmente de convivencia con la madre Santiago; en este sentido en el acto de la celebración del juicio oral el propio acusado ya mencionado reconoció de modo expreso que ejercía tales funciones de padre; hay que destacar en este sentido que durante mucho tiempo María Rosario mantuvo una relación muy distante con su padre biológico e incluso prácticamente inexistente por lo que, se reitera, quien ejercía las funciones de padre de hecho era el acusado varias veces mencionado Evaristo.

d.- En cuarto lugar los hechos de contenido sexual se realizaron en el interior del domicilio tanto de la víctima María Rosario como del acusado Evaristo.

e.- En quinto lugar por la diferencia de edad entre ambos; en este sentido hay que destacar que el procesado y acusado Evaristo nació el día NUM001 del año 1.977 por lo que en el año 2.013 cumplía treinta y seis años de edad y la víctima María Rosario nació el día NUM002 del año 1.999 por lo que en el año 2.013 cumplía catorce años de edad; como consecuencia de ello por la ascendencia que una persona ya más avanzada en edad ejerce materialmente sobre una persona menor de edad máxime cuando la persona de ya más avanzada en edad convive en el mismo domicilio familiar que la persona menor de edad y máxime cuando la persona ya más avanzada en edad ejerce de hecho las funciones de padre dentro del hogar familiar sobre la persona menor de edad la voluntad de la persona menor de edad, para prestar su consentimiento para la ejecución de actos de contenido sexual, queda totalmente coartada.

f.- En sexto lugar de hecho, cuando la entonces menor de edad María Rosario descubrió que el Nick de la red social Tuenti correspondía al acusado Evaristo, fue por el hecho de que el número de teléfono lo tenía registrado como "Gotico".

Quinto.- Doctrina general sobre el subtipo agravado del artículo 180 apartado primero y párrafo cuarto del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio, por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal, consistente en que para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

El prevalimiento viene definido jurisprudencialmente, como "una situación de superioridad por parte del agente y de inferioridad de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, lo que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona y debilita la libertad para decidir de la víctima [o para oponerse eficazmente], de lo que se aprovecha el autor para realizar la conducta delictiva con mayor facilidad [...] precisamente por el aprovechamiento de aquella situación de preeminencia del autor y de subordinación y dependencia de la víctima" (sentencias de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo 393/2.009 de veintidós del mes de abril y 351/2.018 de once del mes de julio).

Respecto de la aplicación del presente subtipo agravado la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de trece del mes de julio del año 2.023 afirma que, "en efecto, la sentencia recurrida, remitiéndose a la sentencia de instancia, entiende incuestionable que son actos de indudable contenido sexual y aplica el tipo básico de abuso sexual con introducción de miembros corporales por vía vaginal y anal (no penetración anal o vaginal como parece referirse el recurrente).

Y estima concurrente la circunstancia de haberse prevalido el responsable de una relación de superioridad de la letra d) del número cuatro de dicho precepto "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" (en la redacción actual se han incluido las situaciones de convivencia, reenumerado como apartado e) "cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de "convivencia" o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima").

El prevalimiento de superioridad requiere una relación en la que el sujeto activo tiene una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, en la que el primero no solamente se aprovecha, sino que es consciente de que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

No obstante, como hemos dicho en la sentencia del tribunal supremo 1.016/2.022 de dieciocho del mes de enero del año 2.023, es necesario distinguir entre los artículos 181.3 y 183.4.d). Este último artículo agrava la pena cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad para la ejecución del delito, supuesto que presenta diferencias sustanciales con el previsto en el artículo 181.3 en el que también se contempla su prevalimiento, aunque en esta ocasión dirigido a obtener el consentimiento de la víctima, al aprovechar el autor una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de aquélla. En el primer caso, el sujeto se aprovecha de una relación de superioridad que le facilita la comisión del delito, facilitación que no opera sobre la base de obtener el consentimiento de la víctima, que, siendo menor de dieciséis años, nunca se podría considerar válido, sino en atención a las circunstancias que esa relación de superioridad trae consigo. En este sentido, en la sentencia del tribunal supremo 739/2.015 de veintiséis del mes de noviembre se señalaba en relación con el artículo 183.4.d) que "el prevalimiento o abuso de superioridad se refiere a la ejecución del hecho y no al consentimiento de la víctima". De la misma forma la sentencia del tribunal supremo 957/2.013 de diecisiete del mes de diciembre, en la que ya en relación con la redacción del precepto tras la reforma por la ley orgánica 5/2.010, se decía que "esta circunstancia exige una cierta preeminencia del autor sobre la víctima y que esta ventaja haya sido utilizada o aprovechada por el autor para realizar el acto objeto de imputación" (sentencia del tribunal supremo 159/2.017 de catorce del mes de marzo).

Asimismo la sentencia de instancia hace referencia a la jurisprudencia relativa a los supuestos de padrastreros de hecho o parejas sentimentales de tías o abuelas y la aplicación de esa circunstancia de abuso de superioridad (vid. sentencias del tribunal supremo 258/2.021 de dieciocho del mes de marzo, 541/2.021 de veintiuno del mes de junio y 654/2.021 de veintitrés del mes de julio) que precisa que "es posible que haya fraguado una especial relación de superioridad, que se superpone a la derivada de la edad, a raíz precisamente de esas relaciones familiares o cuasi-familiares que, por sí solas, no encajan en los parientes expresamente mencionados. Así el padrastro de hecho o quien, en virtud de la relación de afectividad con la madre, se ha convertido en autoridad en el hogar compartido; o el conviviente que ostenta un rol similar; o el padrino no pariente En esos casos no basta mencionar la relación; ha de quedar expresada en el hecho probado la base fáctica que conforma una superioridad añadida a la edad y el simple vínculo parental. No basta constatar que es un tío carnal o que es la pareja de la madre o el marido de la tía o que es un primo. Es preciso que el *factum* refleje expresamente ese especial ascendiente (la jurisprudencia ha acuñado la expresión hegemonía anímica) apoyado en algo más que la diferencia de edad; una asimetría construida sobre factores distintos a la disparidad de edades" (sentencias del tribunal supremo de veintitrés del mes de julio del año 2.021, número 654/2.021, recurso 10.171/2.021, de veintiuno del mes de junio del año 2.021, número 541/2.021, recurso 3.453/2.019; o dieciocho del mes de marzo del año 2.021, número 258/2.021, recurso 2.364/2.019).

El prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta.

(...)

En un sentido similar, la sentencia del tribunal supremo 188/2.019 de nueve del mes de abril señala que la relación de prevalimiento originada por la singular posición que el acusado tenía como tío de las menores, que evidencia una circunstancia de superioridad y preponderancia indiscutible a favor del acusado, para lograr la ejecución de actos íntimos con las menores que, por esa relación al margen de su edad, se hallaban más condicionadas".

En igual sentido la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de fecha tres del mes de noviembre del año 2.021 afirma que "en cuanto a la concurrencia del apartado 4.d) del artículo 183 ("se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco") en sentencias del tribunal supremo 340/2.020 de veintidós del mes de junio y 461/2.020 de diecisiete del mes de septiembre, al tratarse de menores de dieciséis

años, el artículo 183.4.d), al igual que el antiguo artículo 181.2, redacción anterior a la ley orgánica 5/2.010, establece, como decíamos en las sentencias del tribunal supremo 476/2.006 de dos del mes de mayo y

517/2.016 de catorce del mes de junio, una presunción "iuris et de iure" sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles. Hay presunción porque efectivamente se eleva a verdad jurídica lo que realmente es sólo posible y, siendo iuris et de iure, no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de esa capacidad que la ley considera incompleta, porque en estas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contraestímulos suficientemente fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido.

No hay realmente una ausencia del consentimiento del menor; lo que se presume es la falta de capacidad de consentimiento jurídico, pues se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y en virtud de esa presunción legal éste se tendría como inválido y carente de relevancia jurídica. Y en el fundamento jurídico segundo de la misma sentencia, la 287/2.018 de catorce del mes de junio, dice: "Efectuada esta precisión previa, en el artículo 183.4.d) se agrava la pena cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad para la ejecución del delito, supuesto que presenta diferencias sustanciales con el previsto en el artículo 181.3, en el que también se contempla un prevalimiento, aunque en esta ocasión dirigido a obtener el consentimiento de la víctima, al aprovechar el autor una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de aquélla. En el primer caso, el sujeto se aprovecha de una relación de superioridad que le facilita la comisión del delito, facilitación que no opera sobre la base de obtener el consentimiento de la víctima, que, siendo menor de dieciséis años, nunca podría considerarse válido, sino en atención a las circunstancias que esa relación de superioridad trae consigo. En este sentido, en la sentencia del tribunal supremo número 739/2.015 de veinte del mes de noviembre se señalaba, en relación con el artículo 183.4.d), que "el prevalimiento o abuso de superioridad se refiere a la ejecución del hecho y no al consentimiento de la víctima". De la misma forma, la sentencia del tribunal supremo número 957/2.013 de diecisiete del mes de diciembre, en la que, ya en relación con la redacción del precepto tras la reforma de la ley orgánica 5/2.010, se decía que "esta circunstancia exige una cierta preeminencia del autor sobre la víctima y que esta ventaja haya sido utilizada o aprovechada por el autor para realizar el acto objeto de imputación".

Por su parte la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de fecha nueve del mes de abril del año

2.019 en un supuesto en el cual el autor de los hechos era un tío por afinidad de las víctimas menores de edad afirma que "destaca la audiencia que la situación "cuasifamiliar", toda vez que las niñas le llamaban "... al acusado ... , que le permitía pasar fines de semana en casa del padre con las menores, quedándose éstas bajo su cuidado. La relación de prevalimiento estaba, pues, originada por la singular posición que el acusado tenía como "tío" de las menores, que evidencia una circunstancia de superioridad y preponderancia indiscutible a favor del acusado, para lograr la ejecución de actos íntimos con las menores que por esa relación, al margen de su edad, se hallaban más condicionadas. En consecuencia, el acusado se aprovechaba de esa prevalencia con el objetivo de satisfacer sus apetencias sexuales sobre las niñas, lo que implica un plus de antijuridicidad, que está en la base de la agravación que contempla el artículo 183.4.d) del código penal.

Prevalecerse es tanto como valerse o servirse de algo que supone un privilegio o una ventaja; en clave penal, partiendo de su naturaleza subjetiva (sobresubjetiva la califica la sentencia del tribunal supremo de dos del mes de marzo del año 1.990) tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con la finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima.

En relación con los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación del prevalimiento, esta sala ha descrito el prevalimiento como el modus operandi a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos:

A.- Situación manifiesta de superioridad del agente.

B.- Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima.

C.- Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtenga el consentimiento viciado de la víctima.

El actual código penal define el prevalimiento en el artículo 181.3 con una nota positiva como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que prácticamente exista una situación de superioridad y que ésta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima y como nota negativa, que lo separa de la intimidación, no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento). En tal sentido, las sentencias del tribunal supremo 170/2.000 de catorce del mes de febrero o de diez del mes de octubre del año 2.003. En definitiva, el prevalimiento en relación con este tipo de delitos existe siempre que exista ese abuso de superioridad del agente que de hecho limita la capacidad de decisión del sujeto pasivo que consiente viciadamente y acepta una relación sexual que no quiere.

Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada.

En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima; hay una ausencia de consentimiento; ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente.

En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta a acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada".

En igual sentido la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de tres del mes de junio del año 2.020 afirma que "respecto a la negada situación de prevalimiento, hemos de recordar que prevalerse es tanto como valerse o servirse de algo que supone un privilegio o una ventaja, en clave penal, y hemos de partir de su naturaleza subjetiva (sobresubjetiva la califica la sentencia del tribunal supremo de dos del mes de marzo del año 1.990), que tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad y que proporciona en el plano moral a una persona un servicio o una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con la finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima.

Con respecto a los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación del prevalimiento, esta sala ha descrito el prevalimiento como el *modus operandi* a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos:

a.- Situación manifiesta de superioridad del agente.

b.- Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima, y

c.- Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima.

El código penal define el prevalimiento con una nota positiva, como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que exista una situación de superioridad y que ésta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima y, como nota negativa, que lo separa de la intimidación, no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento, aunque en nuestro caso también se aprecian episodios de esta naturaleza). En tal sentido, las sentencias del tribunal supremo 170/2.000 de catorce del mes de febrero o de diez del mes de octubre del año 2.003. En definitiva, el prevalimiento, por lo que hace a este tipo de delitos, exige siempre ese abuso de superioridad del agente que, de hecho, limita la capacidad de decisión del sujeto pasivo que consiente viciadamente y acepta una relación sexual que no quiere.

Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada.

Por el contrario, en el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima sino que hay una ausencia de consentimiento; ésta se encuentra doblegada por la intimidación y por el miedo que le provoca la actitud del agente.

El elemento típico del prevalimiento supone la situación de superioridad, de ventaja o de privilegio generada por una ascendencia del sujeto activo sobre el pasivo que instrumentaliza y pone a su servicio la ascendencia sobre el sujeto pasivo para alcanzar las finalidades que persigue en detrimento de la víctima. Se trata de obtener un consentimiento de la víctima viciado por la situación de superioridad que fluye de forma relevante, llegando a coartar la capacidad de decidir de la víctima, al tiempo que correlativamente supone un aprovechamiento de esta situación para obtener el consentimiento y aprovecharse del mismo. En definitiva, el sujeto activo se aprovecha de una situación de superioridad para limitar la capacidad de decisión que un sujeto pasivo que por

su corta edad, por sus condicionamientos psíquicos o por la ascendencia del sujeto activo o por las especiales concurrencias que se detallen, consiente viciadamente y acepta una relación sexual motivada por esa relación de procedimiento. La libre voluntad aparece condicionada ante la superioridad aprovechada del sujeto activo (sentencia del tribunal supremo 567/2.019 de veinte del mes de noviembre).

Señalábamos en las sentencias de esta sala 512/2.013 de trece del mes de junio, con referencia a la sentencia del tribunal supremo 1.287/2.003 de diez del mes de octubre, que "el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima, y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo" (sentencia del tribunal supremo de diez del mes de octubre del año 2.003).

Por otro lado, en el caso sometido a nuestra consideración casacional, los menores carecen de tal autodeterminación, dada su franja de edad, y el delito afecta a su indemnidad sexual.

Traemos a colación el precedente constituido por la sentencia del tribunal supremo 646/2.019 de veinte del mes de diciembre, en donde "se aprecia en la actuación del acusado una situación de superioridad manifiesta de la que abusó o se aprovechó frente a sus víctimas, derivada no sólo de su diferencia de edad, sino de su ascendencia personal que como entrenador tenía sobre ellos, habiéndose granjeado su confianza y cariño y creado una relación de dependencia en el ámbito deportivo y en el personal".

Además de las anteriores sentencias la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo 384/2.018 de veinticinco del mes de julio, al tratar de desentrañar esta concreta agravación, expresa:

"Se exige un prevalimiento que puede apoyarse en dos factores diferentes: una relación de superioridad o el parentesco. Como han subrayado los comentaristas, no es que la superioridad tenga que apoyarse en el parentesco. La conjunción disyuntiva "o" que une ambas ideas lo acredita así. Concurrirán los presupuestos de la agravante cuando se identifique un prevalimiento que puede basarse bien en el parentesco, bien en una relación de superioridad.

Analicemos los dos términos de la agravación:

a.- En cuanto a la relación de superioridad se basaría en este caso en la cercanía familiar. Bien vistas las cosas eso no añade un plus a la superioridad derivada de la edad, ya tomada en consideración para construir el tipo básico. Se refiere más bien a un abuso de confianza que es algo distinto del abuso de superioridad (como demuestra que se trate de dos agravaciones diferentes en el artículo veintidós del código penal). Además, aunque podamos imaginar algún supuesto en que no será así necesariamente, en principio introducir por la vía del inciso inicial de esta norma, lo que ha sido deliberadamente expulsado del inciso segundo tiene algo de fraude interpretativo, es decir, considerar que todo el parentesco que no es expresamente mencionado en el inciso final representa una relación de superioridad que colmaría las exigencias del inciso inicial. Si fuese así, sobraría la segunda parte del precepto.

b.- Pasemos a examinar el parentesco. La dicción del código no es muy afortunada. Habla de ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza o adopción y afines. Hace una acotación expresa: sólo se dará la agravación derivada del parentesco cuando el autor sea ascendiente, descendiente o hermano (hablando de la consanguinidad y de la adopción), y además los afines, categoría a la que no se adosa correctivo alguno. Una interpretación estrictamente literal no es de recibo. Es contraria a la lógica y a una elemental exégesis sistemática de la norma. El autor ciertamente era tío (quinto grado de parentesco) por afinidad de la víctima. Pero sería absurdo entender que el parentesco colateral por consanguinidad está excluido, salvo en el caso de los hermanos y, sin embargo, sí se abarca todo el parentesco por afinidad, es decir, todos los afines sea cual sea el grado. No hay que forzar mucho las cosas para entender que, aunque gramaticalmente mal expresado, se está equiparando en la ley la condición de afinidad no a los parientes mencionados (ascendientes, descendientes o hermanos) sino al carácter "natural" o "adoptivo" del parentesco. Solo alcanzaría la agravación a los afines en los mismos grados que los mencionados (suegros, cuñados, hijastros). Ésa es la fórmula que utiliza el código cuando quiere extender la protección (o la agravación) al parentesco por afinidad (vid. artículo 173 a diferencia del artículo 23 del código penal que no contempla a los afines).

Sexto.- Posible aplicación al presente supuesto objeto de enjuiciamiento del subtipo agravado del artículo 180 apartado primero y párrafo cuarto del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio, por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal, consistente en que, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido

de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

En aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial sobre el prevalimiento en la ejecución de los presentes hechos constitutivos de delito bien por la existencia de una relación de superioridad o bien por la existencia de una relación de parentesco (ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad con la víctima), esto es, en aplicación del subtipo agravado del artículo 180 apartado primero y párrafo cuarto de la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio al presente supuesto objeto de enjuiciamiento, se debe reiterar que el prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o una cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima.

En relación con los delitos contra la libertad sexual el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado) y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual impuesta. De esta forma, la especial situación de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento.

En el presente supuesto objeto de enjuiciamiento es claro que el acusado Evaristo se prevaleció, tal y como ya se ha indicado en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución, con sustantividad propia, entre otros aspectos de su relación de parentesco como padrastro o padre por afinidad para con la persona menor de edad María Rosario a fin de obtener de este modo un consentimiento totalmente viciado e incluso inexistente y a fin de este modo poder cometer los diferentes hechos de contenido sexual, por cuanto que:

a.- En primer lugar por la propia relación de parentesco por cuanto que el autor de los hechos Evaristo era, en la fecha en la cual ocurrieron los hechos entre el año 2.023 y el año 2.016, la pareja de hecho de la madre de la víctima María Rosario, con la cual junto con sus dos hijas María Rosario y Tatiana además convivía en el mismo domicilio, y por tanto una persona en la cual lógicamente la mencionada víctima tenía que haber depositado la máxima confianza.

b.- En segundo lugar por la convivencia ya señalada en el mismo domicilio sustentada en la mencionada relación familiar existente; en este sentido se debe reiterar y destacar que, cuando se cometieron los hechos de contenido sexual, tanto el acusado Evaristo como la víctima María Rosario convivían en el mismo domicilio sito en la localidad de DIRECCION001 (Ávila).

c.- En tercer lugar por el hecho de que el acusado Evaristo materialmente ejercía las funciones de padre y especialmente tras la relación no solamente de pareja sino especialmente de convivencia con la madre Santiago; en este sentido en el acto de la celebración del juicio oral el propio acusado ya mencionado reconoció de modo expreso que ejercía tales funciones de padre; hay que destacar en este sentido que durante mucho tiempo María Rosario mantuvo una relación muy distante con su padre biológico e incluso prácticamente inexistente por lo que, se reitera, quien ejercía las funciones de padre de hecho era el acusado varias veces mencionado Evaristo.

d.- En cuarto lugar los hechos de contenido sexual se realizaron en el interior del domicilio tanto de la víctima María Rosario como del acusado Evaristo.

e.- En quinto lugar por la diferencia de edad entre ambos; en este sentido hay que destacar que el procesado y acusado Evaristo nació el día NUM001 del año 1.977 por lo que en el año 2.013 cumplía treinta y seis años de edad y la víctima María Rosario nació el día NUM002 del año 1.999 por lo que en el año 2.013 cumplía catorce años de edad; como consecuencia de ello por la ascendencia que una persona ya más avanzada en edad ejerce materialmente sobre una persona menor de edad máxime cuando la persona de ya más avanzada en edad convive en el mismo domicilio familiar que la persona menor de edad y máxime cuando la persona ya más avanzada en edad ejerce de hecho las funciones de padre dentro del hogar familiar sobre la persona menor de edad la voluntad de la persona menor de edad, para prestar su consentimiento para la ejecución de actos de contenido sexual, queda totalmente coartada.

f.- En sexto lugar de hecho, cuando la entonces menor de edad María Rosario descubrió que el Nick de la red social Tuenti correspondía al acusado Evaristo, fue por el hecho de que el número de teléfono lo tenía registrado como "Gotico".

Séptimo.- Aplicación del subtipo agravado del artículo 180 apartado primero y párrafo cuarto del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio, por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal, consistente en que para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima cuando tal circunstancia ya se ha tenido en cuenta con relación a la prestación del consentimiento viciado por parte de la víctima conforme al artículo 181 y apartado tercero del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal.

Sobre la presente cuestión objeto de debate relativa a la denominada regla de inherencia que asume el artículo 67 del código penal (antiguo artículo 59), que despliega la aplicación del principio "non bis in idem", proscribiendo la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo base, la doctrina mayoritaria dentro de la jurisprudencia menor de las audiencias provinciales considera que, si la situación de prevailecimiento del autor de los hechos sobre la víctima ya es utilizada como elemento del tipo y en concreto o especialmente para determinar cuándo no se ha prestado un consentimiento válido por parte de la víctima al amparo del artículo 181.3 del código penal vigente en la fecha de comisión de los hechos ("3.- La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima"), no cabe luego además aplicar la misma como subtipo agravado.

En este sentido por ejemplo la sentencia de la sección primera de la audiencia provincial de Madrid de uno del mes de febrero del año 2.016 en su fundamento de derecho quinto afirma que "respecto a la aplicación del párrafo quinto del artículo 181 del código penal, que interesa el fiscal, dicho precepto dispone que las penas señaladas en dicho artículo se impondrán en su mitad superior, si concurriera la circunstancias tercera o cuarta de las previstas en el apartado primero del artículo 180 del mismo texto legal, esto es, cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación (apartado tercero) o cuando para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines con la víctima (apartado cuarto).

En el presente supuesto no es de aplicación dicha agravación específica, porque la superioridad del acusado respecto a la víctima, derivada de su ascendencia como padre con el que convivía, y de la minoría de edad de aquella, ya se ha tenido en cuenta para apreciar el tipo básico del prevalimiento con acceso o penetración (artículo 181.3 y 4 del código penal), no siendo por ello posible tener en cuenta esta circunstancia para aplicar el subtipo agravado antes mencionado. Lo contrario equivaldría a valorar doblemente los mismos hechos. Así lo entendió la sentencia del tribunal supremo de fecha veintitrés del mes de diciembre del año 2.003, con remisión a las sentencias del tribunal supremo de doce del mes de febrero del año 1.998, diecinueve del mes de mayo del año 1.999, cinco del mes de abril del año 2.000, siete del mes de noviembre del año 2.001, veinticinco del mes de enero del año 2.002 y uno del mes de julio del año 2.002. Se trata en realidad de aplicar la denominada regla de inherencia que asume el artículo 67 del código penal, cuyo fundamento entra en el principio non bis in ídem, que proscribe la doble valoración de un elemento o circunstancia que forma parte de la esencialidad del tipo o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico".

En igual sentido la sentencia de la sección séptima de la audiencia provincial de Sevilla de diez del mes de junio del año 2.016 en su fundamento de derecho quinto afirma que "Invocan las acusaciones también el contenido del artículo 180.1.4, es decir, que las penas se impongan en la mitad superior por la concurrencia de las circunstancias tercera o cuarta del artículo 180.1 del código penal.

Sin embargo, ni el fiscal ni la acusación particular, al invocar el apartado cuarto del artículo 181, explicaron o precisaron a qué apartado del artículo 180 se remitían, si al 1.3 ("3.- Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años") o al 1.4 ("4.- Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima"). Tampoco fueron en nada precisas en sus informes a la hora de concretar la base fáctica para la invocación de tales subtipos agravados, lo que era esperable visto que la remisión al artículo 180 incluía un abanico de posibilidades que a ellas correspondía precisar.

La conclusión a la que ha llegado este tribunal en su valoración de la prueba, es que los abusos sexuales cometidos sobre ... , que era entonces menor de trece años de edad y que convivía con el agresor, que era su padre, fueron realizados al amparo de esa situación de superioridad, es decir, conforme a los apartados segundo y tercero del artículo 181 y, siendo las circunstancias recogidas en ambos apartados elementos

constitutivo del tipo invocado por las acusaciones para la calificación de los hechos, no cabe volver a aplicar la situación de menor edad y/o de prevalimiento por relación de superioridad para predicar la aplicabilidad del subtipo agravado, pues, de hacerse así, incurriríamos en una clara vulneración de la prohibición del "non bis in idem", de manera pues que este tribunal no considera de aplicación el apartado cuarto del artículo 181 del código penal".

Octavo.- Doctrina general sobre el subtipo agravado del artículo 180 apartado primero y párrafo tercero del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio, por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal, consistente en que "la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183".

Con relación al subtipo agravado tanto respecto del delito de agresión sexual como respecto del delito de abuso sexual de especial vulnerabilidad de la víctima previsto en el artículo 180 apartado primero y párrafo tercero del código penal vigente en la fecha de comisión de los hechos, esto es, en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de fecha dos del mes de marzo del año 2.021 afirma que "4.1.- La vulnerabilidad de la víctima es un dato que el legislador toma en consideración para dotar de más reprochabilidad al hecho, en función de la mayor desprotección de la víctima, aumentando la antijuricidad. Vulnerabilidad de la víctima que puede provenir de las distintas circunstancias que describe la ley penal, que abarcan cualquier situación imaginable, al especificarse como la edad, que es la primera fase en el desarrollo vital que produce por sí misma especial vulnerabilidad, junto a otras circunstancias que, por razón de disminuir los resortes físicos o psíquicos de resistencia, ocasionan precisamente tal vulnerabilidad, como es la enfermedad o la discapacidad, en realidad una modalidad de enfermedad, pero con contornos propios, dada su permanencia, o cualquier "situación", que cierra el círculo de las posibilidades imaginables de especial vulnerabilidad (sentencia del tribunal supremo 727/2.018 de treinta del mes de enero del año 2.019).

Bien entendido que no es suficiente con el dato fáctico de esa enfermedad que conlleva la agravación, sino su evidencia para el actuar del sujeto, que es lo que atrae la agravación por su aprovechamiento, ya que, si no existe conocimiento de la vulnerabilidad por el sujeto, no existe este "aprovechamiento" que determina la agravación y el mayor reproche penal.

La sentencia del tribunal supremo 344/2.019 de cuatro del mes de julio (caso "Manada") contiene algunas consideraciones sobre este subtipo agravado:

"El artículo 180.1 del código penal define unos subtipos agravados del delito de agresión sexual que, por lo que se refiere al párrafo tercero, contempla la especial vulnerabilidad de la víctima en base a cuatro circunstancias: por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

En relación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad hemos dicho que, mientras que la intimidación como medio comisivo de la agresión se dirige a vencer la voluntad, la especial vulnerabilidad del párrafo tercero del artículo 180.1 opera en relación con una situación de libertad limitada por muy diversos factores que dificultan la defensa.

La edad es uno de esos factores previstos y como tal puede constituir un dato determinante de la vulnerabilidad, si no ha sido ya valorado para integrar, en el tipo básico de agresión sexual, la eficacia de la violencia o la intimidación como medios comisivos dirigidos a vencer la voluntad de una víctima que se opone. Pero, junto a la edad, el artículo 180.1.3 también contempla que la vulnerabilidad resulte de "la situación", lo cual obviamente atañe al conjunto de circunstancias de hecho presentes en el momento de la acción que con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción (sentencia del tribunal supremo

1.397/2.009 de veintinueve del mes de diciembre).

4.2.- En definitiva, esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual. El concepto de "vulnerabilidad" equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse y supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor. El concepto de "situación" debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad y enfermedad), bien entendido que la vulnerabilidad es una situación o estado de la víctima independiente de los actos de violencia o intimidación aplicados por el sujeto activo en el momento de cometer la infracción (sentencias del tribunal supremo 1.458/2.002 de diecisiete del mes de septiembre y 754/2.012 de once del mes de octubre, con cita de otras)".

En la sentencia del tribunal supremo 610/2.019 de once del mes de diciembre se ratifica la aplicación de este subtipo en un supuesto, no idéntico pero sí próximo, en el que la víctima, siendo mayor de edad, padecía diversas dolencias de carácter intelectual y mental y resultaba inmadura, influenciable y manipulable".

Por su parte la sentencia de la sala segunda de lo penal de diecisiete del mes de noviembre del año 2.021 en su fundamento de derecho tercero afirma que: "La vulnerabilidad (término de apreciación jurídica y no médica a los efectos que aquí analizamos) equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y poder oponerse (sentencia del tribunal supremo 395/2.021 de seis del mes de mayo).

El artículo 180 del código penal define unos subtipos agravados del delito de agresión sexual que en su apartado tercero contempla la especial vulnerabilidad de la víctima, entre otras circunstancias, por razón de discapacidad. En relación a este supuesto hemos señalado que, mientras que la intimidación como medio comisivo de la agresión se dirige a vencer la voluntad, la especial vulnerabilidad del párrafo tercero del artículo 180.1 opera en relación con una situación acotada por factores que dificultan la defensa. En definitiva, esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual. El concepto de vulnerabilidad equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para oponerse a lo que de él se pretende, lo que le coloca en una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor. Como exponíamos en la sentencia 709/2.020 de dieciocho del mes de diciembre, reiterada doctrina de esta sala viene señalando cómo el fundamento de dicha agravación no está en la falta o limitación del consentimiento de la persona ofendida, sino en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual.

El relato histórico que nos vincula, como exige el motivo que canaliza ahora la queja, no sólo proclama que ... estaba afectada por una discapacidad, acreditada en los términos que hemos analizado al resolver el motivo anterior, sino que el acusado acometió los hechos que se describen aprovechándose de ello, lo que implica el conocimiento de esa discapacidad, así como el empleo de técnicas o maniobras encaminadas a obtener beneficio de la disminución de las barreras de autoprotección que derivan de la misma".

Más recientemente la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de quince del mes de junio del año 2.022 en su fundamento de derecho cuarto afirma que "1.- La agravación contemplada en el artículo 180.1.3 del código penal tiene lugar "cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183".

Conforme reiterada doctrina de esta sala, el fundamento de dicha agravación no está en la falta o limitación del consentimiento de la persona ofendida, sino en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual.

Así, señalábamos en la sentencia número 1.113/2.009 de diez del mes de noviembre que "la ratio de este precepto legal consiste, pues, en la mayor facilitación de la comisión delictiva, sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, a causa de su edad, enfermedad o situación (...), y también radica en la mayor perversidad criminal del autor consecuencia de la desprotección de la víctima, por cualquiera de tales circunstancias".

En el mismo sentido, decíamos en la sentencia número 709/2.005 de siete del mes de junio que "la especial vulnerabilidad se debe apreciar cuando la situación en la que se produce la agresión hace prácticamente imposible la defensa de la víctima" y en las sentencias números 131/2.007 de dieciséis del mes de febrero y 203/2.013 de siete del mes de marzo que "el concepto de "vulnerabilidad" equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor".

En esta misma sentencia número 131/2.007 explicábamos que "el concepto de "situación" debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad y enfermedad)". Con referencia expresa a la sentencia número 695/2.005 de uno del mes de junio se indicaba que "(...) es preciso acreditar la existencia de una vulnerabilidad que bien anclada en la edad (...) o en la enfermedad, o en la cláusula excesivamente abierta que supone la "situación", patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima; en definitiva esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual.

En todo caso, es preciso un estudio individualizado caso a caso para acreditar la existencia de tal vulnerabilidad que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal



caso sería patente la vulneración del principio "non bis in ídem" al valorarse una misma circunstancia o modus operandi dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico del artículo 178 y otra para cualificarlo como subtipo agravado del acuerdo 180.1.3".

Noveno.- Aplicación del subtipo agravado del artículo 180 apartado primero y párrafo tercero del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio, por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal, consistente en que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183, cuando tal circunstancia ya se ha tenido en cuenta con relación a la prestación del consentimiento viciado por parte de la víctima conforme al artículo 181 y apartado tercero del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal.

Sobre la presente cuestión objeto de debate relativa a la denominada regla de inherencia que asume el artículo 67 del código penal (antiguo artículo 59), que despliega la aplicación del principio "non bis in ídem", proscribiendo la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo base, la jurisprudencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo considera que, si la situación de especial vulnerabilidad por razón de la edad de la víctima ya es utilizada como elemento del tipo y en concreto o especialmente para determinar cuándo no se ha prestado un consentimiento válido por parte de la víctima al amparo del artículo 181.3 del código penal vigente en la fecha de comisión de los hechos ("3.- La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleciéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima"), no cabe luego además aplicar la misma como subtipo agravado.

Así por ejemplo la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de once del mes de octubre del año

2.012 en su fundamento de derecho quinto y apartado letra E) afirma que "Mejor destino ha de tener la infracción denunciada, aunque no desarrollada, del subtipo agravado del artículo 180.1.3.

En efecto, mientras que la intimidación como medio comisivo de la agresión se dirige a vencer la voluntad, la especial vulnerabilidad del párrafo tercero del artículo 180.1 opera en relación con una situación de libertad limitada por muy diversos factores que dificultan la defensa. La edad es uno de esos factores previstos y como tal puede constituir un dato determinante de la vulnerabilidad, si no ha sido ya valorado, para integrar en el tipo básico de agresión sexual, la eficacia de la violencia o la intimidación como medios comisivos dirigidos a vencer la voluntad de una víctima que se opone. Pero junto a la edad el artículo 180.1.3 del código penal también contempla que la vulnerabilidad resulte de "la situación", lo cual obviamente atañe al conjunto de circunstancias de hechos presentes en el momento de la acción que con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción (sentencia del tribunal supremo

1.397/2.009 de veintinueve del mes de diciembre).

Por ello la edad por sí sola sólo justificaría la aplicación del subtipo agravado cuando fuera menor de trece años y, si es mayor de ese límite, habrá que razonar el porqué de la vulnerabilidad (sentencia del tribunal supremo 695/2.005 de dos del mes de junio), no siendo posible aplicarla también cuando sea mayor de esa edad, sobre la base de la cercanía temporal al referido límite de edad. Será, pues, preciso algún elemento más del que pueda derivarse la especial vulnerabilidad que exige el precepto, aun cuando para ello sea también valorable la edad (sentencia del tribunal supremo 102/2.006 de seis del mes de febrero).

Es decir, será preciso acreditar la existencia de una vulnerabilidad que bien anclada en la edad, que debe ser superior a los trece años, o en la enfermedad, o en la cláusula excesivamente abierta que supone la "situación", patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima. En definitiva, como se dice en las sentencias del tribunal supremo 131/2.007 de dieciséis del mes de febrero y 971/2.006 de diez del mes de octubre, esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual, precisándose en la primera de las sentencias, que el concepto de "vulnerabilidad" equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, y supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor. El concepto de "situación" debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad y enfermedad), bien entendido que la vulnerabilidad es una situación o estado de la víctima independiente de los actos de violencia o intimidación aplicados por el sujeto activo en el momento de cometer la infracción.

Es cierto que en la intimidación puede influir el grado de desvalimiento del sujeto pasivo, pero la acción intimidatoria concreta se endereza a vencer la voluntad de la víctima, mientras que el subtipo agravado de especial vulnerabilidad opera en relación con una situación de libertad cercenada que dificulta la defensa de la misma y en casos en que esto último constituya también ingrediente fáctico de la intimidación no es posible apreciar el subtipo agravado por infracción del "non bis in idem", pero la sola vulnerabilidad no comporta intimidación por lo ya señalado, ni siquiera la "ambiental" que exige una puesta en escena que excede la especial vulnerabilidad (sentencia del tribunal supremo 1.458/2.002 de diecisiete del mes de septiembre).

En el caso del relato fáctico no se desprende que la víctima de los hechos se encontrara en situación que le hiciera especialmente vulnerable, si su edad, aunque juvenil, por tener trece años recién cumplidos, tampoco determinara una especial y relevante vulnerabilidad. Antes bien mostró desde el principio una eficaz capacidad de defensa, primero intentando hacer una llamada con un teléfono móvil y después golpeando con la mano en el cuello del recurrente y propinándole un golpe en los genitales, lo que le permitió zafarse de él y salir huyendo del lugar; con ello se aprecia que no hay base probatoria suficiente para encuadrar los hechos en la figura agravada del artículo 180.1.3, sino en el tipo básico del artículo 178, en la redacción anterior a la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio".

Posteriormente la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de fecha diecisiete del mes de octubre del año 2.012 en su fundamento de derecho sexto afirma que "El motivo cuarto por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la ley de enjuiciamiento criminal por aplicación indebida de los artículos 182.1, 180, 181.3 y 181.4 del código penal, por infracción del principio "non bis in idem".

Entiende el recurrente que no es aplicable el subtipo agravado de especial vulnerabilidad basado sólo en la edad del sujeto pasivo, pues tal dato ya se tuvo en cuenta para la configuración del tipo básico.

Ciertamente no es posible apreciar cualesquiera de los supuestos previstos en el artículo 180.1.3 y 182.2, para configurar el tipo básico del artículo 181.1 por falta de consentimiento, y luego valorar esa menor edad para construir el subtipo agravado. Así lo entiende nuestra jurisprudencia, que sólo en aquellos casos en los que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última por infracción del "non bis in idem" (cfr. sentencias del tribunal supremo 1.357/2.005 de catorce del mes de noviembre, 131/2.007 de dieciséis del mes de febrero y 35/2.012 de uno del mes de febrero).

Es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso, para acreditar la existencia de la vulnerabilidad, que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio "non bis in idem", al valorarse una misma circunstancia o "modus operandi" dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico y otra para cualificarlo como subtipo agravado (sentencias del tribunal supremo 971/2.006 de diez del mes de octubre y 131/2.007 de dieciséis del mes de febrero). Por tanto hemos dicho que lo decisivo es no tener en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino los demás factores concurrentes, pues, si la minoridad de trece años es requisito ineludible para considerar los abusos sexuales como no consentidos (artículo 181.2), no puede tenerse en cuenta seguidamente para aplicar la penalidad agravada, por más que la ley penal se exprese diciendo que ésta se tomará en consideración "en todo caso cuando sea menor de trece años", pero no se aprecia tal vulneración cuando la especial vulneración de la víctima proviene de causa distinta de su propia edad, ya que junto a la circunstancia de que la víctima sea menor de trece años (artículo 181.2 abusos sexuales no consentidos) concurre una especial relación de confianza (casi familiar) del acusado con los padres de la menor y por tanto, con ésta, cosa que sin la menor duda le hacía especialmente vulnerable y facilitó la comisión del hecho delictivo (sentencias del tribunal supremo 339/2.007 de veintiséis del mes de marzo y 224/2.003 de once del mes de febrero).

Pues bien en el caso presente, en el factum, además de la edad de la víctima, nueve años, sólo se recoge que el acusado era "padrino de hecho", pero no explica esa especial vulnerabilidad, que no puede deducirse sin más de esa relación de amistad de familia, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia que se ha dejado expresa no procede la aplicación del tipo agravado de la especial vulnerabilidad, artículo 180.1.3, y sí el tipo básico previsto en los artículos 181.2 y 182.1 del código penal".

En igual sentido y más recientemente se pueden citar las sentencias de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de veinticinco del mes de julio del año 2.018.

En aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo al presente supuesto objeto de enjuiciamiento ni en el escrito de acusación del ministerio fiscal ni en el escrito de acusación de la acusación particular y como consecuencia de ello en los hechos declarados como probados en la presente sentencia se describe ninguna circunstancia, aparte de la edad de la víctima María Rosario ,

quien cumplía catorce años de edad en el año 2.013, que es cuando se inicia la ejecución de los presentes hechos, que hagan que la víctima sea especialmente vulnerable.

En efecto, cuando la víctima es mayor de trece años de edad, como es el caso aquí enjuiciado, hay que razonar el porqué de la especial vulnerabilidad, sin que sea posible aplicar tal subtipo agravado o cualificado cuando la mencionada víctima sea mayor de dicha edad, sobre la base simplemente de la cercanía temporal al referido límite de edad de trece años. Es preciso, pues, algún elemento más, lo que aquí no concurre, del que pueda derivarse la especial vulnerabilidad que exige el precepto, aun cuando para ello sea también valorable la edad.

Se reitera que es preciso acreditar la existencia de una vulnerabilidad que bien anclada en la edad, que debe ser superior a los trece años, o bien anclada en la enfermedad o bien anclada en la cláusula excesivamente abierta que supone la "situación", patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima.

Por ello, dado que en el presente supuesto objeto de enjuiciamiento no existe ninguna especial situación, que no se haya ya tenido en cuenta para apreciar la invalidez o la inexistencia del supuesto consentimiento prestado por la víctima María Rosario a los efectos del artículo 181.3 del código penal vigente en la fecha de comisión de los hechos, para mantener cualquier tipo de relaciones o de actos sexuales o al menos no se ha descrito ninguna especial situación en ninguno de los dos escritos de acusación, aparte de la edad de la víctima, no cabe la aplicación del presente subtipo agravado o cualificado.

Décimo.- Calificación jurídico penal de los hechos declarados probados cometidos por Evaristo como delito de coacciones previsto y penado en el artículo 172 y apartado primero del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio, por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal.

La esencia del delito de coacciones tipificado en el artículo 172 del código penal radica en la imposición de la voluntad del agente sobre otra persona, impidiéndole efectuar un acto lícito u obligándole a realizar algo que no quiera, instrumentado al efecto, como medio de oposición y vencimiento de la adversa voluntad, ejercicios o manifestaciones de violencia, ya cristalizados en actos de fuerza física o material, o de presión moral o intimidación, o, incluso, violencias desatadas sobre las cosas ("vis in rebus") equiparable a la personal, según constante parecer de la doctrina legal. Tal delito de resultado incide sobre la libertad de determinación del individuo, atendiendo a sus propias motivaciones y esquemas intelectivos y éticos, formando y decidiendo libremente el sentido de su voluntad y actuando o ejecutando en concreto el contenido de la misma. El delito de coacciones se ofrece, pues, como una patente y hosca agresión contra la libertad personal con grave perjuicio a la autonomía de la voluntad (sentencia del tribunal supremo de quince del mes de febrero del año 1.994).

La doctrina jurisprudencial ha condensado los elementos de este ilícito en:

- a.- Existencia de una dinámica consistente en el despliegue de una conducta violenta tanto de carácter material ("vis physica") como intimidatorio o moral ("vis compulsiva") dirigida contra los sujetos pasivos, ya directamente, ya indirectamente, a través de otras personas, o de una "vis in rebus".
- b.- Que esa conducta se encamine a un resultado de impedir a otro hacer algo no prohibido legalmente o a impulsarle a hacer algo que no quiera, sea justo o injusto.
- c.- Que la manifestación de violencia sea de cierta intensidad para el delito, pues, en otro caso, habría de encuadrarse en el delito leve del artículo 172 apartado tercero del código penal.
- d.- Concurrencia de un factor psicológico, consistente en el ánimo tendencial en el agente de querer restringir la ajena libertad, como se traduce en el empleo de los verbos impedir y compeler.
- e.- Ilícitud de la actuación del agente al no estar legítimamente autorizado para efectuar los actos coactivos, lo que constituye un elemento de antijuridicidad, que exige y conlleva la necesidad de examinar, en cada caso concreto, el proceder del autor para comprobar si está o no de acuerdo con las reglas generales del comportamiento jurídico y con las normas reguladoras de actividades concretas de las personas.

La evolución doctrinal y jurisprudencial en la interpretación del delito de coacciones ha evolucionado hacia una progresiva ampliación de la dimensión cualitativa de uno de los elementos que integran la acción típica, cual es la "violencia", como medio a través del cual se lesiona o ataca ese bien jurídicamente protegido de la libertad ajena.

Se ha evolucionado en la idea de violencia, desde un concepto restringido y originario de fuerza corporal o física hasta otro en el que lo esencial es la oposición abierta al obrar ajeno mediante obstáculos externos que inciden sobre la actuación del sujeto pasivo, impidiéndole la realización efectiva de su voluntad. Con ello se

evita la impunidad de determinadas conductas que, si bien no suponen el empleo de violencia física, atacan la libertad personal de manera si acaso intensa y duradera.

En este concepto de violencia, entendido como imposición sobre la voluntad o enfrentamiento contra la libertad de actuación de otra persona, caben perfectamente los comportamientos reiterados ejercidos sobre una persona que tengan entidad suficiente y adecuada para impedir o hacer prácticamente imposible que el sujeto pasivo actúe según su voluntad.

En relación al elemento subjetivo de esta infracción, se ha de destacar su naturaleza eminentemente intencional, puesto que la conducta ha de encaminarse en el caso como el que nos ocupa a limitar la libertad ajena.

En definitiva el delito de coacciones consiste en la realización de una violencia personal para impedir al otro realizar algo no prohibido o para obligar a otro a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, siempre en contra de la libertad del obligado y sin legitimación para su realización (sentencia del tribunal supremo 770/2.006 de trece del mes de julio); consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación: la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas (sentencia del tribunal supremo 1.367/2.002 de dieciocho del mes de julio).

Es una acción de compeler, constreñir o presionar a otro para que lleve a cabo una conducta que no desea, sea justa o injusta, o impedirle la realización de los actos que quiere ejecutar, debiendo revestir la acción típica la necesaria intensidad para diferenciarla del delito leve, y el tipo subjetivo exige la intención de restringir la libertad de obrar ajena (sentencia del tribunal supremo 167/2.007 de veintisiete del mes de febrero).

La acción típica ha de ir dirigida siempre contra la libertad de obrar del individuo y consiste en dos distintas modalidades: bien impedir a la víctima, con violencia, hacer lo que ley no prohíbe, o bien compelerla, es decir, obligarla con la misma violencia a hacer lo que no quiere, siempre y en todo caso sin estar legítimamente autorizado (sentencia del tribunal supremo 595/2.012 de doce del mes de julio).

La interpretación que la jurisprudencia ha realizado de la exigencia contenida en el artículo 172, en cuanto se refiere al empleo de violencia, se reitera, ha considerado incluida en el tipo no sólo la violencia de carácter físico sino también la intimidatoria o moral. El concepto de violencia ha ido ampliándose con el tiempo para incluir no sólo la "vis phisica", sino también la intimidación o "vis compulsiva" e incluso la fuerza en las cosas o "vis in rebus". La mera restricción de la libertad de obrar supone de hecho una violencia y, por tanto, una coacción, siendo lo decisivo el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción. Esta utilización del medio coercitivo ha de ser adecuada, eficaz y causal respecto al resultado perseguido (sentencia del tribunal supremo 843/2.005 de veintinueve del mes de junio).

El dolo del tipo de coacciones requiere el conocimiento de los elementos del tipo penal y la voluntad de realizar la conducta violenta.

El elemento subjetivo hay que inferirlo de la conducta externa, voluntaria y consciente del agente, sin que se requiera una intención maliciosa de coaccionar, pues basta el dolo genérico de constreñir la voluntad ajena imponiéndole lo que no quería efectuar, intención dirigida a restringir la libertad ajena para someterla a deseos o criterios propios.

Es irrelevante la justicia o injusticia del propósito del agente; la tipicidad de las coacciones precisa la intrascendencia de la justicia o injusticia del fin perseguido, pues lo que se sanciona precisamente es la utilización de vías de hecho prescindiendo del ordenamiento jurídico previsto para la actuación de los intereses propios (sentencia del tribunal supremo 348/2.000 de veintitrés del mes de febrero).

En definitiva, el delito de coacciones protege los ataques a la libertad general de actuación personal que no estén expresamente previstos en otros tipos del código (sentencia del tribunal supremo 305/2.006 de quince del mes de marzo); "es el género respecto de otras figuras" (sentencia del tribunal supremo 443/2.008 de uno del mes de julio), de modo que constituye un tipo residual en relación con otros delitos contra la libertad.

En aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial sobre el delito de coacciones previsto y penado en el artículo 172 del código penal al presente supuesto objeto de enjuiciamiento y partiendo de los hechos declarados como probados, las acciones ejecutadas por parte del procesado y acusado Evaristo tales como pintar las zapatillas de la víctima María Rosario con la expresión "soy una puta y una guarra", colocar una compresa con restos de la menstruación de la citada entonces menor de edad en el parabrisas del vehículo de motor cuando la llevó al colegio con la finalidad de avergonzarla ante sus compañeros de colegio, registrar sus efectos personales e impedirla relacionarse con otros chicos, todo ello con la finalidad de conseguir que la varias veces mencionada víctima María Rosario cambiara su decisión de no volver a tener relaciones sexuales con él, por más que no consiguiera su propósito o su objetivo, son constitutivas del delito de coacciones, por

cuanto que con las mismas, esto es, con tales acciones intimidatorias trataba de impulsarla a hacer algo que ya no quiera realizar, esto es, mantener relaciones sexuales con el procesado y acusado Evaristo ; es cierto que el varias veces citado procesado y acusado Evaristo finalmente no llegó a obtener su ilícito propósito, pero no se necesita la obtención del resultado perseguido con la ejecución de los hechos para la consumación del delito de coacciones.

Por todo ello y en definitiva se cumplen todos y cada uno de los elementos del tipo de coacciones:

a.- Existencia de una dinámica consistente en el despliegue de una conducta violenta de carácter intimidatorio o moral ("vis compulsiva") con las acciones relacionadas anteriormente dirigida contra el sujeto pasivo María Rosario directamente.

b.- La conducta ejecutada por parte del procesado y acusado Evaristo está encaminada al resultado de impulsar a la víctima María Rosario a hacer algo que ya no quiere realizar, como es mantener relaciones sexuales con él, sean con el contenido y con el alcance que sean.

c.- La manifestación de violencia intimidatoria o moral es de una cierta intensidad.

d.- Concorre un factor psicológico, consistente en el ánimo tendencial en el autor de los hechos el procesado y acusado Evaristo de querer restringir la libertad de la víctima María Rosario para ella por sí misma si mantiene relaciones sexual, con quien mantiene relaciones sexuales así como el alcance y contenido de tales relaciones sexuales.

e.- Ilícitud de la actuación del autor de los hechos el procesado y acusado Evaristo al no estar evidentemente y sin necesidad de mayores explicaciones legítimamente autorizado para efectuar los actos coactivos.

Undécimo.- Continuidad delictiva.

Estamos en presencia de múltiples hechos con relación al delito contra la libertad e indemnidad sexual, hasta el extremo de no poderse determinar ni siquiera aproximadamente su número, pero en todo caso se puede afirmar que son en un número muy elevado, constitutivos cada uno de ellos de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales pero que constituyen una continuidad delictiva o un delito continuado de abusos sexuales previsto y penado en el artículo 181 del código penal vigente en la fecha de comisión de los hechos; en efecto la sala segunda de lo penal del tribunal supremo en sentencia de fecha veintitrés del mes de septiembre del año 2.020 afirma que "existe una reiterada jurisprudencia de esta sala sobre la continuidad delictiva en delitos contra la libertad sexual, que es resumida, entre otras, en la sentencia 344/2.019 de cuatro del mes de julio, en los siguientes términos: "Y en relación al delito continuado de agresión sexual, la sentencia del tribunal supremo 609/2.013 de diez del mes de julio hace un resumen de la doctrina jurisprudencial en la materia.

Así señala: "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.

En la sentencia del tribunal supremo número 463/2.006 de veintisiete del mes de abril 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 solo 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 lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, 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 (sentencia del tribunal supremo de dieciocho del mes de junio del año 2.007).

Y en caso de aplicación del delito continuado no procede desglosar algunas de las conductas encuadradas en el mismo dolo unitario por el hecho de resultar identificables en cuanto a las fechas, para sancionarlas adicionalmente, pues en tal caso se produce una exacerbación punitiva contraria al principio de proporcionalidad.

En este sentido, la sentencia del tribunal supremo 984/2.012 de diez del mes de diciembre considera la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva en un supuesto de dos agresiones sexuales producidas con un mes de separación y declara que, "aunque el artículo 74 del código penal es tenido en cuenta de forma muy excepcional cuando de agresiones a la libertad sexual de carácter violento se trata, no debe olvidarse la existencia de precedentes en este sentido dentro de la doctrina jurisprudencial.

De hecho, si bien la posibilidad del delito continuado en el caso de los delitos contra la libertad sexual no deja de ser una "excepción a la excepción", como se ha repetido en diversas ocasiones, ante la previsión a este respecto contenida en el apartado tercero de dicho artículo 74, que permite dicha construcción de continuidad en los casos de "infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales", a pesar de la previa exclusión de tal instituto cuando se trate de ofensas a "bienes eminentemente personales" y de igual modo una serie de resoluciones de esta sala han excluido de la mentada posibilidad las agresiones sexuales, remitiéndola tan sólo a las conductas no intimidatorias ni violentas, es decir, a los meros abusos, lo cierto es que también nos encontramos con pronunciamientos que, de modo puntual, admiten la extensión de ese artículo 74 a las agresiones sexuales.

En concreto, las sentencias del tribunal supremo de diecisiete del mes de julio y dieciocho del mes de diciembre del año 1.991, veintidós del mes de octubre del año 1.992, dos del mes de febrero del año 1.998, veintitrés del mes de diciembre del año 1.999, veintitrés del mes de febrero del año 2.002 o, la mucho más reciente, de dieciocho del mes de junio del año 2.012, de una u otra forma constituyen claro ejemplo de ello".

La citada sentencia continua explicando que, "si indagamos en todas esas resoluciones, de ambos sentidos, el porqué de semejante discriminación entre las agresiones sexuales y los abusos de cara a la posible aplicación del delito continuado, cuando la literalidad del artículo 74, en su referencia genérica a las infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales no establece diferencia de trato alguna entre ellas, llegamos a la conclusión de que semejante criterio no se apoya, en realidad, en una base ontológica propia de la esencia de cada forma de ataque al bien jurídico protegido, la libertad e indemnidad sexuales, igual en ambos supuestos, sino más bien a consecuencias de orden probatorio y de fijación de los hechos que se relacionan con la mayor facilidad de individualización de las agresiones, con su concreto y específico contenido intimidatorio o violento, frente a la más difusa para una secuencia de abusos sexuales a lo largo del tiempo, lo que lleva a esta sala a concluir razonando lo impropio que resulta castigar individualmente una serie indeterminada de actos delictivos sucedidos a lo largo del tiempo como dos, tres o más delitos insuficientemente concretados, obligando la lógica "pro reo", en estas ocasiones, a concluir en la existencia de un único delito continuado de abuso sexual".

En definitiva en supuestos como el presente respecto de la aplicación de la continuidad delictiva de acuerdo con el artículo 74 del código penal son tres los requisitos para poder hablar de la existencia de un delito continuado en los delitos contra la libertad sexual:

A.- Uno de carácter personal: la víctima ha de ser siempre la misma persona.

B.- Otro requisito circunstancial: hace referencia no sólo al dolo y al plan de ejecución unitarios y a la identidad entre los diferentes tipos penales infringidos sino también a la semejanza comisiva en cuanto a las circunstancias de lugar, ocasión, etc. que las caractericen.

C.- Otro de naturaleza temporal: no ha de transcurrir un tiempo excesivo entre los hechos o grupo de hechos que integran la continuidad delictiva.

Por tanto, en cuanto a la aplicación al presente supuesto objeto de enjuiciamiento de la continuidad delictiva respecto de los múltiples hechos constitutivos de delito de abusos sexuales sobre persona mayor de trece años (todos los hechos) no existe duda racional alguna, ya que todos los requisitos necesarios concurren en el presente caso.

En efecto, todos los abusos sexuales, ya sean consumados o ya sean simplemente intentados, lo que no es el caso (simplemente intentados), o ya sean con acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o ya sean sin acceso carnal, lo que tampoco es el caso (la falta de acceso carnal), deben castigarse como un único delito continuado correspondiente al delito más gravemente penado.

En este sentido cabe la citar la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo número 23/2.017 de veinticuatro del mes de enero, que, aunque no se refiera a un supuesto idéntico, lo dicho en ella es extrapolable al presente caso: "aun cuando a lo largo de los cuatro años de reiterados abusos sexuales sobre la menor por parte de su padrastro, de los once a los catorce, pudiesen existir algunas relaciones que no estuviesen condicionadas por la violencia o la intimidación, calificables por tanto como abuso sexual y no como agresión sexual, ha de recordarse que el artículo 74 del código penal establece que el autor de una pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con la pena señalada para la infracción más grave, por lo que, en todo caso, el tribunal actúa correctamente cuando sanciona como delito continuado de agresión sexual la totalidad de la conducta del acusado, incluyendo en la continuidad tanto las agresiones sexuales (más graves) como los eventuales abusos, que son absorbidos punitivamente por el conjunto del delito continuado objeto de sanción".

Pero más claramente en la sentencia número 206/2.019 de doce del mes de abril la sala segunda de lo penal del tribunal supremo casa la sentencia recurrida por la no aplicación de la continuidad en un supuesto, declarando lo siguiente: "Estimamos que la citada calificación no es correcta, ya que con pleno respeto al relato de hechos probados estamos ante progresión delictiva en la que se avanza desde los tocamientos a las víctimas, a la penetración de las mismas, y desde el simple aprovechamiento de la minoría de edad al prevalimiento, confluyendo en una situación concursal, en concreto ante un supuesto de dos delitos continuados de abusos sexuales con acceso carnal, durante un periodo comprendido entre los años 2.002 a 2.014, en el que las dos víctimas, inicialmente, eran menores de trece años y, posteriormente, mayores de trece años, calificando el tribunal los hechos por dos preceptos distintos, dos delitos durante la minoría de edad sin acceso carnal y otros dos delitos con acceso carnal una vez alcanzados los trece años, cuando se trata de preceptos de naturaleza semejante, siendo de aplicación lo prevenido en el artículo 74 y apartado primero del código penal. Tanto las conductas que se han calificado de abuso sexual sin acceso carnal del artículo 181 apartados primero y segundo, como las que han sido calificadas por el artículo 181 apartados tercero y cuarto, pueden considerarse incluidas en los dos delitos continuados y sancionadas con la pena señalada a la infracción más grave en su mitad superior".

Por todo ello y en definitiva debe aplicarse en el presente supuesto la doctrina del delito continuado por cuanto que:

- A.- Estamos ante una homogeneidad de actos conforme a la doctrina de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo antes transcrita.
- B.- Los múltiples y muy elevados actos responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario.
- C.- Las múltiples y muy elevadas en cuanto a su número acciones inciden sobre un mismo sujeto pasivo o una misma persona víctima del delito.
- D.- Existen circunstancias de hecho semejantes.

Expuesto lo anterior con relación al delito de abusos sexuales previsto y penado en el artículo 181 apartados primero, tercero y cuarto del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal, lo mismo se debe indicar respecto de los diferentes hechos constitutivos de un delito de coacciones previsto y penado en el artículo 172 y apartado primero del mismo cuerpo legal.

Duodécimo.- Autoría material de José Evaristo .

De los expresados dos delitos continuados de abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal, por vía anal y por vía bucal del artículo 181 apartados primero, tercero y cuarto del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio y de coacciones del artículo 172 y apartado primero del código penal es responsable en concepto de autor material y directo el acusado Evaristo , no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por aplicación de lo dispuesto en los artículos veintisiete y veintiocho del código penal, al haber ejecutado directa y voluntariamente los hechos constitutivos de tales dos infracciones delictivas, como así ha quedado acreditado por la totalidad de las pruebas de cargo practicadas clara y concluyentemente acreditativas de la realidad de los hechos acaecidos y de la mencionada autoría material.

Decimotercero.- Individualización de la pena privativa de libertad y de la pena de multa.

A.- Individualización de la pena privativa de libertad respecto del delito continuado de abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal, por vía anal y por vía bucal del artículo 181 apartados primero, tercero y cuarto del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio.



En orden a la individualización o a la determinación de la pena de prisión a imponer al acusado Evaristo por el delito continuado de abusos sexuales con acceso carnal por vía vaginal, por vía anal y por vía bucal previsto y penado en el artículo 181 apartados primero, tercero y cuarto del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio vigente en la fecha de comisión de los hechos, en cumplimiento de lo prevenido en los artículos 66.6, 72 y 74 del código penal, la pena privativa de libertad a imponer puede llegar hasta una pena privativa de libertad de quince años de prisión.

El delito de abusos sexuales con acceso carnal ya sea por vía vaginal, ya sea por vía anal o ya sea por vía bucal, sin la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal ni de circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, tras la entrada en vigor de la reforma operada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio, viene sancionado con la pena privativa de libertad de cuatro a diez años de prisión.

Al tratarse de un delito continuado, conforme al artículo 74 del código penal debe ser castigado con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, esto es, desde siete años y un día (mitad superior) hasta quince años de prisión (mitad inferior de la pena superior en grado).

En este caso este tribunal considera que lo más adecuado es una privativa de libertad de doce años y seis meses de prisión ya que:

a.- En primer lugar por la más bien escasa edad de la víctima María Rosario ya que estos hechos empezaron a ser cometidos contra dicha menor de edad desde que tenía trece o catorce años de edad (en el año 2.013). Por tanto, cuando empezaron a ser cometidos estos hechos, la menor de edad tenía una edad, se reitera, más bien baja, aunque evidentemente existen otros supuestos u otros casos con víctimas incluso menores de trece años.

b.- En segundo lugar por la extraordinaria reiteración en el tiempo de los hechos cometidos por parte del procesado y acusado Evaristo; en efecto los hechos cometidos por dicho procesado y acusado fueron muy reiterados por cuanto que se cometían casi prácticamente a diario durante un plazo de tiempo de tres años.

c.- En tercer lugar por la repulsa que estos hechos cometidos dentro del hogar familiar por un familiar de la víctima como es el padrastro o pareja de la madre producen sobre cualquier persona.

d.- En cuarto lugar por cuanto que estos hechos fueron cometidos sobre la menor de edad abusando de la relación de confianza que tenía con ella.

Por todo ello y en definitiva la imposición de la pena privativa de libertad debe ser no en su grado máximo de hasta quince años de prisión sino en la pena máxima solicitada por la acusación particular (doce años y seis meses de prisión).

B.- Individualización de la pena de multa respecto del delito continuado de coacciones del artículo 172 y apartado primero del código penal.

La pena de multa prevista para el delito de coacciones en el artículo 172 del código penal es la pena de multa de doce a veinticuatro meses, la cual se deberá graduar conforme al mencionado precepto legal según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

En este caso concreto objeto de enjuiciamiento considera este tribunal colegiado que debe imponer la pena de multa en su grado máximo, esto es, se debe imponer en la suma o cantidad de veinticuatro meses por cuanto que:

a.- La finalidad perseguida por parte del autor de los hechos el procesado y acusado Evaristo era doblegar la voluntad de una persona menor de edad María Rosario con la cual convivía y que era hija de su pareja con la finalidad de volver a mantener con ella todo tipo de relaciones sexuales plenas tanto vaginales como anales como bucales como ya había realizado anteriormente durante aproximadamente tres años; por tanto la finalidad por él perseguida era de una extraordinaria gravedad; era ya en este caso concreto cometer delitos de agresiones sexuales ya que se utilizaba para ello la violencia psíquica o intimidación.

b.- Estamos en presencia de un delito continuado de coacciones previsto y penado en el artículo 172 y apartado primero del código penal por lo que conforme al artículo 74 de dicho cuerpo legal se deberá imponer la pena que corresponda al menos en su mitad superior.

c.- No se ha solicitado ni por el ministerio fiscal ni por la acusación particular, pudiendo hacerlo, una pena privativa de libertad de hasta tres años de prisión e incluso, al tratarse de un delito continuado, de hasta cuatro años y seis meses de prisión, la cual se establece en el citado precepto legal, esto es, en el artículo 172 y apartado primero del código penal con carácter alternativo pero que hay que poner en relación con el artículo

74 del mismo cuerpo legal; por tanto, a pesar de la extraordinaria gravedad de los hechos, en todo caso, por aplicación del principio acusatorio, este tribunal colegiado no puede imponer la pena máxima que se podía imponer (pena privativa de libertad de cuatro años y seis meses de prisión), por lo que en definitiva la pena impuesta debe ser calificada de menor gravedad.

Respecto de la cuantía de la pena de multa la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de once del mes de abril del año 2.024 afirma que "en relación a la cuota de la pena de multa impuesta, es doctrina de esta sala (sentencia del tribunal supremo de veintiocho del mes de enero del año 2.005 que con referencia a las sentencias del tribunal supremo de tres del mes de junio y siete del mes de noviembre del año 2.002) que el artículo 50.5 del código penal dispone que la cuantía de la cuota diaria de la sanción de multa ha de adecuarse a las condiciones económicas del condenado, teniendo que ser proporcional a las mismas".

De modo que esa cuantía deberá en todo caso, y a riesgo de quedar de otro modo en la más completa inaplicación el referido precepto en cuanto a las exigencias que establece, fundamentarse en alguno de los siguientes extremos:

a.- La acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

b.- Alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil, por ejemplo).

c.- Cuando menos, algún dato que el juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación de juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto.

d.- En todo caso, incluso la posibilidad de que el tribunal "ad quem" vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, y toda vez que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos.

No podemos olvidar, en ese sentido, que, si bien algunas resoluciones de este mismo tribunal se muestran radicalmente exigentes con estos aspectos, aplicando, sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado (sentencia del tribunal supremo de tres del mes de octubre del año 1.998, por ejemplo), otras más recientes en el tiempo, por el contrario, admiten que, dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la ley, la imposición de una cuota diaria en la "zona baja" de esa previsión no requiere de expreso fundamento (sentencia del tribunal supremo de veintiséis del mes de octubre del año 2.001), interpretación que no ofrece duda alguna en su admisión cuando el total de la multa a satisfacer, por la cuantía verdaderamente reducida de la cuota o por los pocos días de sanción, es verdaderamente nimia, hasta el punto de que su rebaja podría incurrir en la pérdida de toda eficacia preventiva de tal pena.

Así, son de destacar también, en la misma línea, las recientes sentencias del tribunal supremo de veinte del mes de noviembre del año 2.000 y quince del mes de octubre del año 2.001, que afirman que la fijación de unas cuantías que o no superan siquiera las del salario mínimo o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a derecho, puesto que "Una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva".

A su vez, la sentencia del tribunal supremo de once del mes de julio del año 2.001 insiste, con harto fundamento y reuniendo la doctrina más actual de esta sala, en que "el artículo 50.5 del código penal señala que los tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo".

Como señala la sentencia número 175/2.001 de doce del mes de febrero, con ello no se quiere significar que los tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el poder legislativo en el código penal

convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el código penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales".

Conforme a esta doctrina, el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el código penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior y próxima al mínimo.

En nuestro caso la cuota de multa de diez euros solicitada tanto por el ministerio fiscal como por la acusación particular no puede considerarse desproporcionada o no ajustada a las previsiones legales, teniendo en cuenta que se sitúa en el tramo inferior, cercano al mínimo legal de dos euros previsto en el artículo 50.4 del código penal; de ahí que la cuota fijada no se estime arbitraria o desproporcionada.

Decimocuarto.- Posible aplicación con carácter retroactivo de la reforma operada en la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal por la ley orgánica 10/2.022 de seis del mes de septiembre de garantía integral de la libertad sexual y por la ley orgánica 4/2.023 de veintisiete del mes de abril para la modificación de la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal en los delitos contra la libertad sexual, la ley de enjuiciamiento criminal y la ley orgánica 5/2.000 de doce del mes de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Tras la reforma operada en la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal por la ley orgánica 10/2.022 de seis del mes de septiembre de garantía integral de la libertad sexual el delito cometido por el acusado Evaristo está tipificado en el artículo 181, el cual literalmente afirma que:

"1.- El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años.

A estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

2.- Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años.

En estos casos, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4.

3.- Cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años de prisión en los casos del apartado primero, y con la pena de prisión de diez a quince años en los casos del apartado segundo.

4.- Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a.- Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta

de dos o más personas.

b.- Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

c.- Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

d.- Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor,

aun sin convivencia.

e.- Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

f.- Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.

g.- Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

h.- Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

5.- En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años".

El principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo se encuentra regulado en el artículo segundo y apartado segundo del código penal, conforme al cual "tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque, al entrar en vigor, hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo".

En idéntico sentido, el artículo 49.1 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, sobre principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, establece que "nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o el derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta".

Y, como tradicionalmente ha señalado el tribunal constitucional, este principio se halla también comprendido a sensu contrario en el artículo nueve y apartado tercero de la constitución española, en el que se declara que "la constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

Expuesto lo anterior, lo primero que se debe señalar es que conforme al artículo 181 y apartado tercero del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 10/2.022 de seis del mes de septiembre de garantía integral de la libertad sexual la pena privativa de libertad a imponer tiene un arco o margen penológico de entre diez y quince años de prisión, por cuanto que es de aplicación el apartado segundo del mencionado artículo 181 del código penal, el cual a su vez se remite a la concurrencia de alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178 del varias veces citado código penal.

En efecto la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de fecha once del mes de enero del año 2.024, revocando un auto de esta audiencia provincial de Ávila de fecha quince del mes de marzo del año 2.023 denegatorio de la revisión de una sentencia, afirma que "el recurrente parece entender, aunque sin una explícita argumentación, que no es aplicable el artículo 181 y apartado segundo en relación con el artículo 178 ambos del código penal. Tiene razón: el artículo 181 y apartado segundo no remite a todos los casos incardinables en el artículo 178 (falta de consentimiento), como podría interpretarse, en exégesis que venía rechazando este tribunal antes de la reforma de 2.023. Esta modificación, de cualquier forma, aclara algo las posibles dudas: esa agravación, con consecuencias muy significativas, está pensando sólo en las modalidades equiparadas a la falta de consentimiento en el artículo 178 apartados segundo y tercero (superioridad, intimidación, violencia, ...) y no en todos los casos de ausencia de consentimiento.

Ha de considerarse que una agravación ex artículo 181 y apartado segundo del código penal basada exclusivamente en la minoría de edad (ausencia de consentimiento libre o abuso de superioridad) no es viable. Es inherente a las tipologías recogidas en el artículo 181; naturalmente inherente, aunque cabe pensar en supuestos, que serán excepcionales, en los que no concurra ese abuso de superioridad (tocamiento sorpresivo). Pero no podemos convertir las modalidades habituales y ordinarias en tipos residuales.

Este entendimiento aparece robustecido por la redacción dada al artículo 181 en la reforma de 2.023.

No siendo aplicable el artículo 181 y apartado segundo nos quedamos con una pena comprendida entre seis y doce años de prisión".

Por tanto conforme a la redacción dada al artículo 181 del código penal por la ley orgánica 10/2.022 de seis del mes de septiembre de garantía integral de la libertad sexual la pena privativa de libertad a imponer al acusado Evaristo oscila entre los diez años de prisión y los quince años de prisión; a tal horquilla penológica habrá que aplicar el hecho de que estamos en presencia de un delito continuado conforme al artículo 74 del código penal y por tanto la pena privativa de libertad a imponer oscilaría entre un mínimo doce años, seis meses y un día de prisión y un máximo de veintidós años y seis meses de prisión.

En cualquier caso la pena privativa de libertad mínima a imponer es superior a la pena privativa de libertad aquí impuesta.

Por tanto, si conforme al artículo 183 y apartados primero, segundo, tercero y cuarto y párrafo letra d del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio y por la ley orgánica 1/2015 de treinta del mes de marzo vigentes en la fecha de comisión de los hechos en el mes de marzo del año 2.020 la pena mínima a imponer es la de trece años, seis meses y un día de prisión, si conforme al artículo 181 apartados primero, segundo, tercero y cuarto y párrafo letra e) del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 10/2.022 de seis del mes de septiembre de garantía integral de la libertad sexual la pena mínima a imponer es la de doce años, seis meses y un día de prisión y si conforme a la redacción anterior este tribunal colegiado consideraba que, teniendo en cuenta la individualización de la pena, la pena privativa de libertad a imponer era la de trece años, seis meses y un día de prisión (el mínimo legal), lógicamente se debe reducir la pena privativa de libertad hasta dejarla también en el mínimo legal previsto para este supuesto y por tanto determinar que finalmente la pena privativa de libertad a imponer es la de doce años, seis meses y un día de prisión.

Decimoquinto.- Inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena respecto del acusado Evaristo .

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 55 del código penal, al ser la pena impuesta a Evaristo igual o superior a diez años de prisión, procede de modo imperativo imponer al mencionado acusado como pena accesoria también la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Decimosexto.- Inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 192 y apartado tercero del código penal en la redacción dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio vigente en la fecha de comisión de los hechos no procede imponer al acusado Evaristo la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por cuanto que tal pena accesoria no estaba vigente en la fecha de comisión de ninguno de los diferentes hechos constitutivos de delito.

En efecto la mencionada pena accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad fue introducida por primera vez en el actual código penal de veintitrés del mes de noviembre del año 1.995 en virtud de la reforma del mismo operada por el artículo único de la ley orgánica 1/2015 de treinta del mes de marzo, por la que se modifica la ley orgánica 10/1.995 de veintitrés del mes de noviembre del código penal ("a los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado") y la actual redacción de dicha pena ha quedado configurada en virtud de la posterior reforma operada por la disposición final cuarta y apartado catorce de la ley orgánica 10/2.022 de seis del mes de septiembre de garantía integral de la libertad sexual ("inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave").

Por tanto, dado que en la fecha de comisión de los diferentes hechos constitutivos de delito la redacción del artículo 192 y apartado tercero del código penal dada por la ley orgánica 5/2.010 de veintidós del mes de junio establecía una pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, dado que tal pena accesoria solamente se podía imponer razonadamente por el juez o tribunal con carácter acumulativo y no de manera automática y dado que para la comisión de los diferentes hechos constitutivos de delito el acusado Evaristo no se ha valido en modo alguno de su profesión o de su oficio, el cual se desconoce, no procede la imposición de la presente pena accesoria.

Decimoséptimo.- Libertad vigilada.

La pena accesoria de libertad vigilada resulta de imposición obligatoria, para cumplir después de la pena privativa de libertad, según el artículo 192 apartado primero del código penal. Su contenido deberá determinarse entonces, esto es, después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, vistos los términos del artículo 106 del mismo texto legal. Su extensión conforme al mencionado artículo 192 y apartado primero del código penal ha de ser entre cinco y diez años.

Las consideraciones realizadas en cuanto a la determinación de la pena privativa de libertad o de prisión (doce años y seis meses de prisión para Evaristo) aconsejan que nos decanemos en este caso concreto por el máximo solicitado tanto por el ministerio fiscal como por la acusación particular, esto es, por un plazo de cinco años.

Decimoctavo.- Prohibición de aproximación y prohibición de comunicación.

Respecto de la prohibición de aproximación y la prohibición de comunicación, en este caso concreto objeto de enjuiciamiento es de imposición obligatoria conforme al artículo 57 y apartado segundo del código penal.

En base a la regla contenida en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 57 del código penal, se determina que la duración de esta pena ha de ser por un tiempo superior en diez años a la pena de prisión efectivamente impuesta al procesado y acusado Evaristo , considerando que, una vez transcurrido tal período temporal, la víctima del delito podría tener tal vez ya una madurez, derivada de la edad, que impedirá cualquier contacto indeseado y dado que además de ello y especialmente dicho plazo temporal es el plazo máximo a imponer por aplicación del principio acusatorio que rige el proceso penal, ya que es el plazo solicitado tanto por el ministerio fiscal como por la acusación particular.

Decimonoveno.- Responsabilidad civil.

En cuanto a la responsabilidad civil establece el artículo 116 del código penal que toda persona responsable criminalmente de un delito o de un delito leve lo es también civilmente.

En el presente caso la acusación particular reclama la suma de cuarenta mil euros por el concepto de daños morales como consecuencia de los hechos relatados, aunque sin efectuar desglose alguno.

Por su parte el ministerio fiscal solicita una responsabilidad civil o indemnización de veinte mil euros para la víctima por los daños morales, aunque también sin efectuar desglose.

Sobre dicha clase de reclamaciones diremos que se debe distinguir la indemnización por las lesiones psíquicas en que consiste el DIRECCION005 y la sintomatología ansioso depresiva y/o postraumática y la indemnización por daños morales, tal y como se contempla por ejemplo en la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo 784/2.008 de catorce del mes de noviembre cuando establece que la indemnización debe extenderse tanto a indemnizar el DIRECCION005 producido a la víctima como también el daño moral ocasionado a la misma.

Así, por lo que hace a las lesiones psíquicas, en el informe del equipo psico-social adscrito al instituto de medicina legal de Ávila y en las aclaraciones en el acto de la celebración del juicio oral se informa que la víctima María Rosario presenta una sintomatología psicopatológica compatible con la posibilidad de haber sido víctima de abusos sexuales con DIRECCION005 y con un cuadro DIRECCION006 .

Así las cosas, aunque el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación incorporado como anexo en virtud de la ley 35/2.015 de veintidós del mes de septiembre de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación al real decreto legislativo 8/2.004 de veintinueve del mes de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor no opera en los delitos dolosos, puede, como se razona en la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo 1.564/2.005 de veintisiete del mes de diciembre, ser tenido como referente, cuando se trata de indemnizar lesiones psicológicas derivadas de actos contrarios a la libertad sexual.

Dentro de dicho baremo la secuela más parecida sería la descrita como agravación o desestabilización de otros trastornos mentales y aparece con una puntuación entre uno y diez puntos, por lo que se escoge su grado medio de seis puntos.

Por eso, tomando en consideración aquella clase de baremo y los módulos indemnizatorios que contemplaba la resolución de treinta del mes de marzo del año 2.020 de la dirección general de seguros y fondos de pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación para dicho año 2.020 (fecha de interposición de la denuncia por parte de la víctima

María Rosario ante el puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001) y una edad de veintiún años en tala fecha, resulta una indemnización de 5.953,15 euros por los seis puntos e incrementando dicho resultado prudencialmente entorno a un veinticinco por ciento por razón del carácter doloso de las lesiones de cuya indemnización estamos tratando, vamos a establecer la indemnización por la referida secuela en

8.000 euros.

En cuanto a la indemnización por daños morales, dice la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo 231/2.015 de veintidós del mes de abril que "el motivo que el recurrente ordena como segundo, lo formula por infracción de ley del número primero del artículo 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por aplicación indebida del artículo 116 del código penal en relación a la no acreditación de daño moral merecedor de indemnización a la víctima. Entiende insignificante y normal en persona menor de quince años que en sus relaciones con los chicos siempre evitara que le tocaran el pecho, única afectación explicitada, por lo que concluye improcedentes los mil euros establecidos como responsabilidad civil.

El motivo necesariamente debe ser desestimado, pues la acción resulta penada, como expresa la citada sentencia del tribunal supremo 702/2.013 de uno del mes de octubre, precisamente por ser constitutiva de un atentado contra la libertad sexual, cuando ésta es un atributo esencial del ser humano, que forma un todo con su integridad moral y su dignidad (artículo diez de la constitución española), que en la vigente cultura constitucional representan un valor universalmente reconocido, inherente a toda persona por el mero hecho de serlo. Es lo que la convierte en un fin en sí misma y lo que impide que pueda ser objeto de usos instrumentales para fines ajenos, como los que se han dado en este caso.

En la sentencia del tribunal supremo 489/2.014 de diez del mes de junio recordábamos que la jurisprudencia de la sala primera entiende de aplicación la doctrina in re ipsa loquitur, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente", es decir, "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", acogida en numerosas resoluciones (sentencias de la sala primera de lo civil del tribunal supremo de diecinueve del mes de junio del año 2.000, uno del mes de abril del año 2.002, veintidós del mes de junio del año 2.006, doce del mes de junio del año 2.007, etc.); así como que esta sala segunda en argumentación paralela entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatar un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad (sentencias del tribunal supremo números 264/2.009 de doce del mes de marzo y 105/2.005 de veintinueve del mes de enero). El daño moral, en caso como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima (sentencia del tribunal supremo 1.366/2.002 de veintidós del mes de julio).

En su consecuencia, como indica la citada sentencia del tribunal supremo 702/2.013 de esta sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así sentencia del tribunal supremo 744/1.998 de dieciocho del mes de septiembre), así como que también es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad (sentencia del tribunal supremo 1.490/2.005 de doce del mes de diciembre) como aquí sin duda objetivamente producido, con independencia del modo en que esta afectación hubiera sido apreciada por la menor, de tan limitada edad cuando los hechos acontecen y el tiempo transcurrido cuando emite su valoración, lo que no evita en expresión de la propia víctima que, aunque pudo seguir haciendo vida normal, le "ha marcado".

Consecuentemente los mil euros declarados resultan una nimia cantidad ante el daño moral sufrido, derivado del bien jurídico conculcado con la acción delictiva perpetrada. El motivo se desestima".

Es en base a esa clase de reflexiones como en principio procede acoger aquella pretensión sobre reparación del daño moral ejercitada por el ministerio fiscal y por la acusación particular.

Otra cosa es el importe en que debe ser cuantificada la indemnización por el concepto a que nos venimos refiriendo.

Sobre este tema nada nos parece más oportuno que la cita de la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo 62/2.018 de cinco del mes de febrero porque aborda la cuestión, poniendo de manifiesto el carácter escurridizo de la misma.

Dice esta resolución en un caso de condena por un delito de agresión sexual, en el que se pretendía en vía de recurso de casación incrementar la indemnización de 6.000 euros concedida en la instancia a la víctima en concepto de daños morales, lo siguiente: "No es revisable esa cuantía indemnizatoria (6.000 euros) en casación.

En una primera aproximación la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en casación. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto, que no sólo no está sujeto a reglas aritméticas, sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales (sentencia del tribunal supremo 957/2.007 de veintiocho del mes de noviembre). Cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin

ser exactos, se mueven en torno a pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible que justifique por qué se dan "x" euros y no una cantidad ligeramente superior o ligeramente inferior.

Sólo cuando la cantidad fijada está huérfana de la más mínima fundamentación y además se aparta de estándares habituales o comprensibles, de manera que se presente como el fruto de un puro voluntarismo o capricho, será posible la revisión tal y como recuerda la sentencia del tribunal supremo 957/2.007.

La cifra de seis mil euros fijada es razonable, más allá de la imposibilidad de llegar a una cuantía que se presente como la única correcta. Serían igualmente razonables 10.000 ó 7.000 ó 3.000 euros. La sala de instancia tiene atribuida la exclusiva competencia para decidir ese monto siempre que no abdique de moldes de "razonabilidad". Y aquí, pese al silencio motivador, no se fuerzan esos parámetros: cualquier explicación resultaría en cierta medida tanto obvia en cuanto a la procedencia de indemnización (es patente que hay perjuicios morales que además el artículo 193 del código penal presume), como insuficiente en cuanto a la cuantificación (con un mismo razonamiento podríamos llegar a cifras muy diversas).

Ha de tenerse ese concreto pronunciamiento por ajustado dentro de la imposibilidad de una ecuación exacta o una motivación plenamente satisfactoria en cuanto a dar razón de cada céntimo o explicar por qué no se han dado cien, seiscientos o dos mil euros más. La cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño "no patrimonial" frente al que sólo cabe una "compensación" económica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho. Mientras que la finalidad de la restauración del daño patrimonial es la reparación integral, el daño moral no es reparable. La indemnización tiene como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo "alguna- cantidad- habrá-que poner" como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica. Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. sentencias del tribunal constitucional 42/2.006 o 20/2.003 de diez del mes de febrero). Pas de motivation sans texte se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio, a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del tribunal constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica e incluso implícita puede ser suficiente. Ese estándar mínimo que no puede estirarse más, salvo con el uso de una retórica o unas fórmulas huecas, pues no van a conducir a cifras concretas, está colmado por la sentencia (sentencia del tribunal supremo 684/2.013 de dieciséis del mes de julio). Era seguramente deseable alguna mayor retórica motivadora. Pero basta la remisión a las lesiones y daños sufridos que se efectúa combinada con la lectura del párrafo final del hecho probado para considerar suficientemente justificada la cuantificación".

En igual sentido la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo afirma que "conforme reiterada doctrina de esta sala recogida en la sentencia número 636/2.018 de doce del mes de diciembre, "en los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, suposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, en este caso el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido (libertad e indemnidad sexual) y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (sentencias del tribunal supremo 105/2.005 de veintinueve del mes de enero y 40/2.007 de veintiséis del mes de enero).

El daño moral, además, dice la sentencia del tribunal supremo 1.366/2.002 de veintidós del mes de julio, no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

Y en relación a la falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente, hay que insistir en que los daños morales no es preciso que tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos (sentencias del tribunal supremo 957/1.998 de dieciséis del mes de mayo y

1.159/1.999 de veintinueve del mes de mayo, entre otras)".

En el mismo sentido, señalábamos en la sentencia número 445/2.018, de nueve del mes de octubre, que el daño moral resulta de "la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual, y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. En su consecuencia, como indica la sentencia del tribunal supremo número 702/2.013

de esta sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así sentencia del tribunal supremo número 744/1.998 de dieciocho del mes de septiembre), siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad (sentencia del tribunal supremo número

1.490/2.005 de doce del mes de diciembre)".

Junto a ello, debe tenerse en cuenta que existe seria dificultad en la determinación de lo que se entiende por daño corporal, dificultad que se proyecta lógicamente en el terreno de su valoración y tal valoración, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, no se haya sujeta a previsión normativa alguna sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente".

Más recientemente la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de catorce del mes de enero del año 2.022 afirma que "y en cuanto a la cuantía fijada como responsabilidad civil por daños morales, es doctrina reiterada del tribunal constitucional (sentencias 78/1.986 de trece del mes de junio y de once del mes de febrero del año 1.997) y por esta sala (sentencias 168/2.017 de quince del mes de marzo, 246/2.020 de veintisiete del mes de mayo y 366/2.020 de veintisiete del mes de mayo) impone a los jueces y tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias precisando, cuando ello sea posible, las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación), y no lo es, o alcanza dificultades a veces insuperables, explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas. En la sentencia del tribunal supremo de veinticuatro del mes de marzo del año 1.997 recuerda que no cabe olvidar que, cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones (sentencia del tribunal supremo 814/2.016 de treinta del mes de marzo).

En los casos de daños morales derivados de agresiones sexuales la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de indignidad, legitimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad; en este caso el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido (libertad e indemnidad sexual) y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente (sentencias del tribunal supremo 105/2.005 de veintinueve del mes de enero y 40/2.007 de veintiséis del mes de enero).

El daño moral, además (dice la sentencia del tribunal supremo 1.366/2.002 de veintidós del mes de julio), no deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostener la defensa, al considerar que no está probado en el proceso, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima.

Y en relación a la falta de prueba de que la víctima haya quedado afectada psicológicamente, hay que insistir en que los daños morales no es preciso que tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos (sentencias del tribunal supremo 957/1.998 de dieciséis del mes de mayo y

1.159/1.999 de veintinueve del mes de mayo, entre otras).

La traducción de estos criterios en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada (sentencia del tribunal supremo 59/2.016 de cuatro del mes de febrero).

La sentencia del tribunal supremo 514/2.009 de veinte del mes de mayo afirma sobre el daño moral en los delitos contra la libertad sexual que "en materia de daños morales constituye una doctrina arraigada en esta sala que "el denominado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados, porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico".

Las únicas exigencias que podrían deducirse de una pretensión indemnizatoria por daño moral serían:

- a.- Necesidad de explicitar la causa de la indemnización.
- b.- Imposibilidad de imponer una indemnización superior a

la pedida por la acusación.

c.- Atemperar las facultades discrecionales del tribunal

en esta materia al principio de razonabilidad".

Diríamos, entonces, que la fijación de la cuantía indemnizatoria en estos casos va a venir condicionada por las bases que puedan objetivarse y tomarse en consideración y por lo que la sentencia de referencia denomina estándares o parámetros habituales o compartidos.

En tal sentido, sin perjuicio de la sintomatología por DIRECCION005 y de la sintomatología ansioso depresiva, no puede ignorarse que la víctima María Rosario fue objeto por parte del procesado y acusado Evaristo de una ofensa extraordinariamente grave que fluye del propio relato de hechos probados y que sin necesidad de suposiciones o de hipótesis ha de comportar para ella un sufrimiento y el consiguiente daño moral que debe ser reparado, tal como establecen los artículos 110.3 y 113 del código penal, a cuyo fin tomamos en cuenta que a la fecha de inicio en la ejecución de los hechos tenía trece o catorce años de edad, lo que supone que los ataques sexuales se proyectaron sobre ella en un momento extraordinariamente delicado de su trayectoria vital por estar todavía conformándose su personalidad, al punto de precisar en la actualidad y en el futuro apoyo psicológico.

Todo lo cual nos inclina a fijar prudencialmente en favor de María Rosario una indemnización por el concepto de daño moral en la cantidad de 12.000 euros, en el entendimiento de que dicho importe, o cualquier otro, no deja de ser testimonial si se tiene en cuenta que con un bien material consumible se trata de reparar un daño intangible e inmaterial.

Vigésimo.- Costas procesales.

Los responsables criminalmente de todo delito o delito leve lo son asimismo del pago de las costas procesales, según disponen los artículos 123 y 124 del código penal y 240 de la ley de enjuiciamiento criminal.

En consecuencia por aplicación de lo dispuesto en los citados artículos 123 y 124 del código penal y 240 de la ley de enjuiciamiento criminal se han de imponer al procesado y acusado Evaristo las costas procesales causadas incluidas las ocasionadas a instancia de la acusación particular.

En materia de imposición de las costas procesales causadas por la acusación particular señala la sentencia de la sala segunda de lo penal del tribunal supremo de veintidós del mes de octubre del año 2.001 que la imposición de costas de las acusaciones particulares no puede decidirse bajo el argumento de la "relevancia" de actuación, criterio ya superado por la jurisprudencia, que atiende al más objetivo de la homogeneidad. Es así doctrina ya consolidada por dicho tribunal supremo la de que conforme a los artículos 123 del código penal y 240 de la ley de enjuiciamiento criminal ha de entenderse que rige la "procedencia intrínseca" de la inclusión en las costas de las de la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado tesis y peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del ministerio fiscal (sentencias del tribunal supremo, entre otras, de seis del mes de abril del año 1.988, dos del mes de noviembre del año 1.989, nueve del mes de marzo del año 1.991, veintidós del mes de enero y veintisiete del mes de noviembre del año 1.992 y ocho del mes de febrero del año 1.995), heterogeneidad que no se da en el presente caso, como es obvio.

FALLAMOS

PRIMERO.- Condenamos a Evaristo como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abusos sexuales con acceso carnal por vía vaginal, por vía anal y por vía bucal previsto y penado en el artículo 181 apartados primero, tercero y cuarto en relación con el artículo 192 apartados primero y tercero todos ellos del código penal vigente en la fecha de comisión de los hechos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena privativa de libertad de doce años y seis meses de prisión y con las penas accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, de prohibición de aproximarse a menos de cien metros del lugar en el que se encuentre María Rosario, así como de su domicilio, y de comunicarse con la citada víctima por cualquier medio o procedimiento durante el tiempo de diez años superior a la pena privativa de libertad, de libertad vigilada durante el plazo de cinco años conforme al artículo 192.1 del código penal a concretar y a ejecutar con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad.

SEGUNDO.- Condenamos a Evaristo como autor criminalmente responsable de un delito continuado de coacciones previsto y penado en el artículo 172 y apartado primero del código penal a la pena de multa de veinticuatro meses con una cuota diaria de diez euros con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del código penal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

TERCERO.- Condenamos asimismo a Evaristo al pago de las costas procesales causadas incluidas las de la acusación particular y a que abone como responsabilidad civil en concepto de indemnización de daños y perjuicios (incluidos los daños morales) a la perjudicada María Rosario la suma de veinte mil euros más los intereses que devengaran al amparo de lo establecido en el artículo 576 de la ley de enjuiciamiento civil (interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia hasta que sea total mente ejecutada la responsabilidad civil).

De conformidad con los artículos siete apartado primero y párrafo letra e y trece apartados primero y segundo de la ley 4/2.015 de veintisiete del mes de abril del estatuto de la víctima del delito, se deberán notificar a la víctima del delito María Rosario, los permisos de salida, clasificaciones de grado y demás resoluciones previstas respecto del mismo en trámite de ejecución que puedan suponer la puesta en libertad u otra medida de las previstas en la ley que pueda afectar a dicha víctima en la dirección de correo electrónico o postal por ella designada, de conformidad con lo que dispone el artículo cinco apartado primero y párrafo letra m de dicha ley, practicándose la notificación bien directamente por el centro penitenciario para mayor rapidez o por el juzgado de vigilancia penitenciaria del centro de destino.

Notifíquese la presente sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de sala, a las partes y a los ofendidos y perjudicados, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento, instruyéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante esta audiencia provincial para ante la sala de lo civil y penal del tribunal superior de justicia de Castilla y León dentro del plazo de los diez días siguientes al de la última notificación de la sentencia que se tramitará conforme a lo establecido en los artículos 790, 791 y 792 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Así, por esta nuestra sentencia, que se anotará en los registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL PRESIDENTE D. JAVIER GARCÍA ENCINAR.

Discrepo respetuosamente del criterio mayoritario mantenido por la Sala. Dicha discrepancia no se refiere a la abundante doctrina jurisprudencial que más arriba se recoge y que, obviamente, se comparte y respeta, si no principalmente y sin perjuicio de referencias posteriores, al contenido del relato de hechos probados, a la valoración de la prueba de cargo contenida en el fundamento de derecho primero y a la aplicación que de la mentada doctrina jurisprudencial se hace en el mismo al supuesto de autos.

HECHOS PROBADOS

Evaristo, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo, al menos entre los años 2.013 al 2.016, una relación sentimental con la madre de la menor de edad María Rosario, nacida el día NUM002 del año 1.999, y por tanto de entre trece y dieciséis años en tal período. Durante dicha época convivieron en el mismo domicilio familiar, sito en la localidad de DIRECCION001 (Ávila), la madre de María Rosario llamada Santiago, la propia María Rosario, una hermana de ésta menor que ella llamada Tatiana (nacida el día NUM003 del año 2.004) y el citado Evaristo el cual, ante la ausencia del padre biológico de la menor de edad María Rosario, que se hallaba separado de la madre y no mantenía relación personal alguna con la menor de edad María Rosario, ejercía de hecho las funciones de padre para la niña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Respecto a la persistencia en la incriminación (apartado c á.- del fundamento de derecho primero) cabe poner de manifiesto que María Rosario, con carácter previo a la interposición de la denuncia que dio lugar a las presentes actuaciones y como bien se reconoce en el voto mayoritario, negó hasta en dos ocasiones haber sido objeto de ningún tipo de acción atentatoria a su libertad sexual.

En efecto, en una primera ocasión, el día 16 de febrero de 2.017 ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Arenas de San Pedro dentro del procedimiento penal de diligencias previas registrado con el número 46/2.017, al declarar, siendo todavía menor de edad, en calidad de testigo que "no es cierto lo que refirió su hermana (Tatiana) de que su padrastro (el acusado Evaristo) la había forzado a tener relaciones sexuales" y que "nunca la ha tocado ni se ha acercado a la declarante" (páginas 49 y 50 del acontecimiento digital número 156 del procedimiento penal ordinario seguido ante esta Audiencia Provincial de Ávila con el número 16/2.023).

En una segunda ocasión, el día 3 de julio de 2.017 sobre las 4,09 horas aproximadamente, ante los agentes de la autoridad del puesto de la Guardia Civil de DIRECCION001 (Ávila), manifiesta que "nunca ha sufrido violación alguna por parte de nadie" (acontecimiento digital número 79 del procedimiento penal ordinario o sumario registrado con el número 2/2.023 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Arenas de San Pedro).

Ambas negativas se produjeron en entornos no coactivos, imparciales y asépticos cuales son dependencias policiales y judiciales, ante agentes de la autoridad de la Guardia Civil y la Juez titular del Juzgado de Instrucción nº 1 de Arenas de San Pedro. Tales contextos eran garantía de salvaguardia de la seguridad de María Rosario y, sin perjuicio de ello, negó sin ambages o titubeo alguno haber sido objeto de lesión alguna en su libertad sexual, hasta el punto de afirmar textualmente en la declaración judicial que el acusado nunca la había forzado a mantener relaciones sexuales y que nunca la había tocado ni se había acercado a ella.

Puede concebirse que una persona de temprana edad niegue haber sido objeto de atentado a su libertad sexual en circunstancias que sienta que coarten, limiten, contextualicen o condicionen la manifestación de lo experimentado, bien por tener una edad que haya impedido completar el proceso de maduración, bien por encontrarse en un entorno que no le ofrezca seguridad o bien por temor a disgustar a personas próximas, pero lo cierto es que ninguna de estas circunstancias concurre en el caso concreto por cuanto debe tenerse en cuenta que, en el momento de dichas negativas, María Rosario estaba muy próxima a alcanzar la mayoría de edad ya que nació el NUM002 de 1.999 y aquellas negativas acaecieron los días 16 de febrero y 3 de julio de 2.017, esto es contando ya con 17 años muy próximos a los 18.

Por otra parte, aquellas negativas tuvieron lugar en un contexto de seguridad como son unas dependencias policiales y judiciales, lo que excluye cualquier tipo de ambiente amenazante o coactivo y, además, ante funcionarios públicos y representante del Poder Judicial que, lejos de representar una figura admonitoria o reconviniendo, son garantes de la persecución y averiguación del delito y, por supuesto, de la protección de la víctima.

En cuanto a que la afirmación de la existencia de un atentado a la libertad sexual pudiera causar disgusto a familiares o personas próximas o del círculo afectivo de María Rosario, lo cierto es que tal aseveración ha quedado perfectamente ayuna de cualquier tipo de acervo probatorio, es más, cabe el legítimo interrogante de cual podría ser el detonante de tal disgusto cuando la relación sentimental entre la madre de María Rosario y el acusado había cesado tiempo atrás y, en consecuencia, nada que distorsionara el normal desenvolvimiento de dicha relación podría acaecer cuando, además, ha quedado sentado que el acusado no mantenía ningún tipo de contacto con María Rosario o su madre desde que, en el año 2.016, había cesado la relación sentimental.

Tampoco conviene olvidar que, en relación a la primera de las negativas, acaecida en el seno de un procedimiento penal iniciado por las manifestaciones que la hermana menor de María Rosario, Tatiana, habría realizado ante la directora del centro educativo de DIRECCION001, respecto de que a María Rosario le pasaban más cosas y más graves en casa, lo cierto es que no se ha hecho comparecer como testigo a la citada Tatiana a fin de que manifestase lo que ella y a su hermana María Rosario presuntamente les ocurría en el seno familiar. Es más, de aquel procedimiento penal se ignora su resultado por lo que, a falta de prueba en contrario, debe desprenderse que no concluyó con resolución condenatoria, ignorándose si por falta de indicios racionales de criminalidad o por ausencia de fundamento. Por último, no se ha ofrecido una explicación que justificase tal negativa y el posterior cambio de criterio.

Por otra parte, en cuanto a la segunda de las negativas, también ha de ser contextualizada. En efecto, tal se produjo en el seno de una investigación policial iniciada por la Guardia Civil como consecuencia de una denuncia formulada por María Rosario, según la cual un varón distinto del acusado, Florian, la habría agredido sexualmente siendo así que, escasas horas después de denunciar los hechos, María Rosario compareció en dependencias policiales a retirar dicha denuncia, manifestando ser inciertos los hechos y que "nunca ha sufrido violación alguna por parte de nadie". Ante tal conducta, respetuosamente y a efectos meramente dialécticos y de construcción de la tesis que se mantiene, cabe la legítima duda respecto a la persistencia en la incriminación, por cuanto cuándo y respecto de qué extremos es dable la afirmación de dicha persistencia, -cuando se formula denuncia por agresión sexual de un tercero, cuando se afirma que tal agresión no existió, cuando se afirma que nunca se ha sufrido ninguna agresión por nadie, o cuando se afirma que el acusado la agredió sexualmente de forma continuada en el tiempo-, teniendo en cuenta que la segunda y la tercera afirmación son radicalmente incompatibles y hacen inviables la primera y la cuarta.

A mayor abundamiento, respecto a la afirmación de que tal denuncia fue "retirada" por presiones de la madre de María Rosario, al igual que ocurre con la hermana Tatiana, queda perfectamente ayuna de prueba más allá del testimonio de la primera, por cuanto no se ha hecho comparecer en calidad de testigo a la madre de María Rosario, por lo que la versión ofrecida por ésta es la única para explicar un comportamiento tan errático. En otras palabras, con el mayor de los respetos, el único elemento que explicaría tan dispar sucesión de afirmaciones es, paradójicamente, la versión ofrecida por quien tal observó, sin que se vea apoyada por ningún otro elemento probatorio, al menos periférico, que viniera a corroborar o explicar, al menos mínimamente, la variación y variabilidad de las narrativas ofrecidas.

Item más, la versión ofrecida sobre los contactos presuntamente acaecidos a través de la red social Tuenty y que se erigen, en la versión ofrecida, como introductores de la normalización de contactos sexuales entre miembros de la misma familia, es técnicamente inviable. En efecto, se afirma que, utilizando el terminal móvil del acusado, María Rosario entabló contacto con un usuario de aquella red social con nombre de perfil DIRECCION002, siendo así que tal correspondía al acusado y a su número de teléfono, manteniendo conversaciones con el mismo a través de aquella red social y a través de dicho terminal. Pues bien, cada línea de teléfono asociada a un terminal móvil, al igual que ocurre con otras redes sociales, sólo puede soportar un usuario o titular de perfil, de tal manera que si María Rosario, como usuaria de la red social, era titular de un perfil y este estaba asociado, tal y como se manifestó en el acto del juicio oral, al terminal móvil del acusado, era técnicamente inviable que, en la misma línea o número de teléfono, se asociase otro usuario de distinto perfil de dicha red social. Ello sólo sería posible si el terminal estuviese dotado de dos tarjetas sim asociadas a distintas líneas de teléfono, pero lo cierto es que, en primer lugar, no se ha acreditado en forma alguna que el acusado fuere titular de dos líneas de teléfono que originasen esas dos tarjetas y, en segundo lugar y principalmente, ni siquiera se ha acreditado que el acusado fuere usuario de aquella red social, como bien se reconoce en el voto mayoritario. Por si ello no fuera bastante, por poner de relieve la carencia probatoria, aún admitiendo a efectos dialécticos que el terminal telefónico del acusado estuviese dotado de dos tarjetas sim, tampoco es creíble la versión ofrecida por cuanto, cuando María Rosario, utilizando su perfil, dirigiese algún mensaje al perfil DIRECCION002 a través de la red social, el terminal acusaría recibo de la recepción de dicho mensaje a través de las correspondientes señales acústicas, de vibración o visuales que, forzosamente, habrían de poner sobre aviso a María Rosario dado que, en ese momento, se encontraba manipulando el terminal.

Por último, en cuanto al estado psicológico de María Rosario y el informe pericial elaborado es de señalar que, si bien es cierto que presenta una situación de DIRECCION005 y de una sintomatología ansioso depresiva compatible con el hecho de haber sido víctima de un atentado a su libertad sexual, no es menos cierto que en el mismo también se contiene que en su historia biográfica existen otras experiencias de victimización (malos tratos dentro del seno de la familia y episodios de acoso dentro del colegio por parte de otros compañeros o compañeras) con la suficiente capacidad traumática para producir desajustes en su estado psicológico, sembrando dudas que impiden establecer un nexo causal claro, definido, exclusivo y excluyente de tal estado con una previa agresión o ataque sexual.

Por todo lo anterior, se considera que el testimonio de la víctima, en el presente y particular caso y atendiendo a las concretas circunstancias anteriormente referidas, no constituye prueba única, eficaz y suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia con la rotundidad necesaria para fundar un pronunciamiento condenatorio, por lo que al ser la prueba de cargo esencial y carecer de aquella eficacia, el pronunciamiento ha de ser absolutorio, declarando de oficio las costas causadas.

Por todo ello el fallo procedente sería el siguiente

FALLO

Debemos absolver y absolvemos a Evaristo de los delitos por los que venía acusado, declarando de oficio las costas procesales.

Es todo cuanto tengo que exponer en este voto particular, respetando el voto mayoritario de la Sala: artículo 260 de la LOPJ.

En Ávila a dieciocho de septiembre de dos mil veinticinco.

El Presidente

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 tutelar 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.