



Roj: **SAP A 273/2012 - ECLI:ES:APA:2012:273**

Id Cendoj: **03014370102012100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **10**

Fecha: **18/01/2012**

Nº de Recurso: **17/2011**

Nº de Resolución: **22/2012**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JAVIER MARTINEZ MARFIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN DECIMA

ALICANTE

Plaza DEL AYUNTAMIENTO,

Tfno: 965.93.61.62 - 965.93.61.63

Fax...: 965.93.61.35;

email...:alap10_ali@gva.es

NIG: 03014-37-1-2011-0003026

Procedimiento: Rollo de sala (sumario) Nº 000017/2011- TRÁMITE -

Dimana del Sumario Nº 000001/2011

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 1 DE NOVELDA

SENTENCIA Nº 000022/2012

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:

D.Javier Martínez Marfil

Magistrados/as:

D.Jesús Gómez Angulo Rodríguez

Dª.Mª Margarita Esquiva Bartolomé

=====

En Alicante, a dieciocho de enero de dos mil doce.

VISTA en juicio oral y público, el pasado día 12 y 13 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial, Sección Décima, de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. del margen, la causa procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Novelda nº 1, por delito de **VIOLACIÓN** , delito de **LESIONES POR TRANSMISIÓN DE ENFERMEDAD GRAVE** y **FALTA DE LESIONES** contra **Evaristo** , con NIE NUM000 hijo de Estuardo y de Elvira, con fecha de nacimiento el día 27/03/1978 en Quevedo -Valencia (Ecuador),y sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa, representado por la Procuradora Dª Rocio Valentín Moreno y defendido por la letrada Dª María Paz Alarcón Frasquet ; En cuya causa fue **parte acusadora el MINISTERIO FISCAL**, representado por el Fiscal Jorge Rabasa; y como acusación particular Rosaura , representada por la



Procuradora **D^aM. Dolores Poyatos Herrero** y asistida por la letrada **D^aNuria García Gil** actuando como **Ponente**, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Martínez Marfil de esta Sección Décima, que expresa el parecer de la Sala.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Desde sus Diligencias Previas núm. 398/2010 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm.1 de Noveda Siguió su Sumario núm. 1/2011, en el que fue acusado Evaristo por el delito de **violación**, delito de **lesiones por transmisión de enfermedad grave y falta de lesiones**, antes de que dicho procedimiento fuera elevado a esta Audiencia Provincial para continuar la correspondiente tramitación en el presente Rollo de Sala núm. 17/2011 de esta Sección Décima.

SEGUNDO.- El **MINISTERIO FISCAL**, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito de continuado de violación de los arts. 178, 179, 180-1, 3º y 74 del CP (en su redacción anterior a la LO 5/2.010); un delito de causación de grave enfermedad, del art. 149 del mismo texto, y una falta de lesiones del art. 617.1 del CP para los que solicitó la condena de Evaristo a las penas de 15 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta, por los dos primeros delitos y la de 50 días de multa con cuota de 6 € diarios por la falta; así como a que indemnice a Casilda en 50.000 € por daños morales y en el coste del tratamiento médico que requiera la misma para la cura de la enfermedad que le transmitió. Y, en su caso, por las secuelas que padezca por ello, y conforme al baremo del RDL 8/2004 y a determinar en ejecución de sentencia. En todo caso, con los intereses legales. Y a Romeo EN 150 €, con los intereses legales también, por sus lesiones meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por su parte la **ACUSACIÓN PARTICULAR**, en su escrito de acusación, se adhirió a la solicitud del Ministerio Fiscal, solicitando la calificación en el tipo agravado del art. 180.1. 3º y 4º del CP

TERCERO.- La **DEFENSA**, en el mismo trámite, solicitó la libre absolución del acusado.

II - HECHOS PROBADOS

Son HECHOS PROBADOS en esta causa y así se declaran los siguientes:

El procesado Evaristo (nacido en Ecuador en 1.978 y sin antecedentes penales), durante aproximadamente dos años y medio mantuvo relación sentimental con Rosaura, conviviendo con ésta y con los hijos de la misma en Aspe. Siendo conocedor de padecer su referida pareja cáncer de útero, obligó a la hija de ésta, Casilda (nacida el 29 de julio de 1.997), con intención de satisfacer sus deseos sexuales, a mantener relaciones con él, desde que tenía 7 años, consistiendo dichos actos al principio en tocamientos en el pecho, nalgas y vagina y luego, a partir de agosto de 2.008, cuando Casilda contaba con 11 años, en penetraciones vaginales y práctica de felaciones, en un número de veces indeterminado, pero superior a veinte ocasiones, consiguiendo que ella consintiera ante el anuncio de que le pegaría y otras veces diciéndole que si no accedía no le pagaría a su madre el tratamiento para la enfermedad que la misma precisaba. Con ocasión del mantenimiento de tales relaciones sexuales contagió a Casilda - no constando si lo hizo de forma intencionada- el virus del papiloma humano, en su variante del serotipo mucoso 16, que se transmite sexualmente, habiendo curado el padecimiento de forma espontánea, sin que conste actualmente ninguna consecuencia para la salud de Casilda derivada de dicho contagio.

Las prácticas sexuales con Casilda se prolongaron hasta el 24 de marzo de 2.010 (cuando Casilda tenía 12 años), fecha en que el procesado golpeó a Romeo, dándole un puñetazo en el ojo que le produjo una herida de la que curó en 5 días, con asistencia inicial y sin incapacidad, indicándole que se fuera de la casa; aprovechando estas circunstancias para, cuando llegó Casilda al domicilio, mantener nuevamente relaciones sexuales con ella.

III - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que hemos declarado probados son resultado de la prueba valorada en conciencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim. De la misma se concluye la comisión de un delito continuado de violación de los arts. 178, 179 y 180.1 3º y 74 del CP consistente en el acceso carnal, reiterado sobre la misma víctima, y aprovechando situaciones análogas para llevar a cabo dichas acciones, integrado por la introducción, con intención de satisfacer sus deseos sexuales, del pene en la vagina y en la boca de Casilda, menor de trece años, habiendo propiciado previamente un escenario intimidatorio, con referencias a posibles daños personales para ella o perjuicios para sus familiares más próximos, en este caso, su madre y allegados.



También los hechos son constitutivos de una falta de lesiones del art. 617.1 del C.P. al haber ocasionado el acusado, mediante un puñetazo, un menoscabo corporal Romeo consistente en una herida en el ojo que sólo ha precisado una primera asistencia facultativa, sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico posterior y de la que ha curado en cinco días.

Sin embargo, la conducta de Evaristo, considera la Sala no merece la calificación de un delito de causación de una grave enfermedad del art. 149 del CP, como se pretende por las acusaciones, pues no se aprecia la concurrencia del necesario dolo exigible a dicha figura ni el carácter de grave de la enfermedad, más allá del incierto potencial que la misma pueda tener en el futuro y que, precisamente, por su eventualidad y contingencia, no puede ser tenido en cuenta como circunstancia cierta y probada sobre la que establecer la condena.

Tales elementos han resultado suficientemente probados, fundamentalmente por la declaración de la víctima y los elementos periféricos que ratifican sus manifestaciones. Dicha manifestación constituye prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia como señalan las SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, F. 4, y 169/1990, de 5 de noviembre, F. 2. En este sentido resulta de interés la STS de 23 de febrero del 2011 (Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE) en cuanto que realiza un interesante excursus sobre los criterios para la valoración de la declaración de la víctima, que, por su interés y aplicabilidad al caso enjuiciado, debe aquí reproducirse. Dice así: " *Ahora bien en lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere, la misma debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:*

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

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim .), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho.

Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante e incluso sobre la fiabilidad del testimonio de la víctima.

Por último, en lo que se refiere a la persistencia en la incriminación supone:

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

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

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

Por ello -como decíamos en la STS. 833/2009 de 28.7- la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatarios no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

Bien entendido -como destacábamos en STS. 294/2008 de 7.5- que la eficacia corroboradora de la persistencia en la incriminación es muy relativa, pues persistencia no es sinónimo de veracidad y tan persistente se pueda ser sosteniendo la verdad como una denuncia inicial que no se atenga a la realidad de lo acaecido, esto es, mintiendo".



En este sentido, se ha practicado una prueba pericial de verosimilitud del testimonio por agentes de la Guardia Civil que concluyen la certeza de lo manifestado por la menor. Evidentemente, tales conclusiones no son extrapolables sin más a la convicción del Tribunal, pues como señala la STS de 23 de septiembre de 2009, (nº 905/2009 Pte: Martínez Arrieta, Andrés): " *La pericia psicológica no puede tener por objeto determinar la credibilidad o no de un testigo, pues esa función es propia del órgano jurisdiccional* ". Para lo que sí ha servido la pericial es para descartar una predisposición psicológica de la testigo a la mentira o a la fabulación y a partir del dato de la ausencia de tales elementos, la Sala ha podido valorar la credibilidad y coherencia de sus manifestaciones.

Así, la menor ha sido concreta y persistente en todas las manifestaciones que ha prestado, tanto las que tuvieron lugar ante el servicio de atención de menores de la Guardia Civil, como las efectuadas en fase de instrucción y, finalmente, en el plenario. En todas ellas describe de forma lógica, con armonía del relato interna, la misma secuencia de actuaciones de contenido sexual en progreso desde los iniciales tocamientos hasta los episodios con penetración (descartado otras situaciones, como la penetración anal), pormenorizando situaciones concretas y determinados detalles (momento en que comenzaron las relaciones sexuales con penetración, exigencias de que se lavase cuando se producían estos episodios, que le pedía hacer el 69, y los términos de las conminaciones intimidatorias), pero sin poder precisar otros detalles, como el número concreto de relaciones mantenidas, lo que dota a sus manifestaciones de una verosimilitud por coherencia con la naturaleza y duración de los episodios a que se refieren estos relatos. Todos los extremos indicados por Casilda han sido refrendados además por los testigos (familiares y amigos) que han depuesto en el juicio en cuanto a la fidelidad de los detalles proporcionados a éstos que son los mismos que se han facilitado a las autoridades policiales y judiciales a partir de la denuncia.

Otro elemento que ratifica la credibilidad ha sido la propia disposición de la menor que, en el acto del juicio, interrogada por el Ministerio Fiscal sobre si prefería contar ella lo sucedido o contestar a las preguntas, se ha decantado por esta segunda opción, apreciando la Sala, que lo hacía con la intención de aclarar los extremos que se pudieran precisar, lo que no sería lógico si se tratase de un relato falso preconcebido.

Las manifestaciones de la víctima resultan así absolutamente creíbles, sin que exista además ningún motivo por el que la menor pueda pretender perjudicar a la ex pareja de su madre.

Las relaciones de Evaristo con Rosaura y con sus dos hijos fueron aparentemente buenas durante la convivencia; incluso después, llegando a mantener relaciones sexuales esporádicas con la madre de la menor, aún con posterioridad a que Evaristo se instalara en Lorca; persistiendo el contacto y la confianza, hasta el punto de supervisar a Casilda y a Romeo cuando su madre estaba en Barcelona, por lo que no se ha establecido ningún elemento, ni siquiera a título de indicio, por el que Casilda pudiese tener algún interés ajeno al propio del descubrimiento de estos hechos que se enjuician, para perjudicar a Evaristo .

Se pretende por la Defensa que las manifestaciones pudieran venir forzadas como explicación de la menor ante su situación de haber perdido la virginidad, tras la realización por la tía de la menor de la prueba que, al parecer, se efectúa en Ecuador para comprobar la virginidad de las mujeres; sin embargo, los abusos habían sido relatados con anterioridad a este incidente, tanto a su hermano (que al principio no le dio credibilidad), como a su amiga Dayana, según ambos han corroborado en el juicio, lo que desvanece que pueda ser esa la motivación de la versión de Casilda .

Finalmente, constan elementos de corroboración, como son las conclusiones ginecológicas de la pericial médica efectuada que certifica que, a pesar de su edad, Casilda presenta una vagina de una mujer adulta que ha mantenido con habitualidad relaciones sexuales. También, por vía de corroboración aparece el indicio de la infección por el virus del papiloma humano, enfermedad de transmisión sexual, que se imputa por las acusaciones al acusado, al haber establecido la pericial médica (médico forense, ginecóloga y las dos patólogas) que el virus identificado (el serotipo mucoso 16) es específico de transmisión sexual y resulta lógico que se lo transmitiera el procesado si lo padecía su ex pareja Rosaura , quien relata haber tenido igualmente el citado virus. Concretamente, la existencia de infección es evidencia de una actividad sexual real que corrobora en este punto lo manifestado por la víctima de haber mantenido relaciones sexuales completas, siendo igualmente indiciario de autoría que la misma enfermedad (aunque no se ha determinado en juicio la identidad tipológica del virus entre la madre y la hija y por ello no puede tomarse como prueba sino como mero indicio) la padezcan ambas, siendo que las dos mantuvieron relaciones sexuales con el acusado.

La defensa argumenta que no existe prueba de que Evaristo padeciera la enfermedad ante los resultados negativos del dictamen de patología; sin embargo, dicho dato no es determinante, al haber informado los facultativos de forma unánime que es posible que el varón sea portador asintomático del virus y que el mismo puede no ser diagnosticado, aún en esa hipótesis, si no hay lesiones específicas indicativas de la enfermedad de las que se tome la muestra; cosa que no sucedía en el caso del acusado. Es decir, que la enfermedad puede



no ser diagnosticada o diagnosticable en el caso del varón, pero ello no es óbice para que sea portador de la misma. Por lo tanto, si Casilda la padece y la única relación sexual que declara es la mantenida con Evaristo, sólo ha podido ser adquirida por esta vía, conclusión que se refuerza por el hecho referido de que Rosaura también padece la enfermedad y que el citado hubiera mantenido relaciones sexuales, tanto con una como con otra.

Asimismo se ha establecido pericialmente la presencia de células seminales del acusado en el edredón que Casilda identificó a su madre como el utilizado cuando se produjo la última relación sexual antes de interponer denuncia y que se facilitó como muestra para dictamen por parte del Instituto de Toxicología de Barcelona, que ha concretado el indicado resultado.

Explicó el acusado, en uso del derecho a la última palabra, que la presencia de semen obedecía a haber practicado "sexting" (sexo por Internet) con la madre de la menor, utilizando el edredón; explicación que, por novedosa en el momento en que se produce, aparece como un intento defensivo desesperado, aunque legítimo, que no merece a la Sala mayor credibilidad que la explicación ofrecida por la víctima, que converge en todo lo demás con el resto del material probatorio e indicios y reafirma sus manifestaciones.

Finalmente, se ha descrito un comportamiento diferente en la menor, que las acusaciones asocian al sometimiento que venía sufriendo por parte del acusado: se trata del bajo rendimiento escolar y la tristeza de Casilda (la madre lo describe como que "había perdido la ilusión"). Esta situación, aisladamente considerada, pudiera tener una explicación como la que sostiene la defensa, cuyo origen pudiera estar en el cambio de colegio o el distanciamiento de la madre que se había ido a trabajar a Barcelona; sin embargo, al observarse con el resto de las circunstancias, inclina a apreciar, en su conjunto, que es indicio igualmente corroborador de cuanto la menor manifestaba acerca de la privación de libertad en orden a su determinación sexual.

En definitiva, ha de confirmarse la plena credibilidad del testimonio de la víctima, sobre el cual descansa el relato de hechos probados de la presente sentencia y que se aprecia, por lo expuesto, mucho más coherente que la versión exculpatoria del acusado que se limita a negar los hechos; ratificándose todas y cada una de las manifestaciones de Casilda por los testigos y los indicios que aunque de forma aislada no tienen entidad autónoma de prueba de cargo, en la medida que son unívocos y compatibles entre sí y con la versión de Casilda otorgan a la citada declaración la eficacia incriminatoria que justifica el pronunciamiento de condena.

La prueba sobre la realidad de las lesiones de Romeo no precisa de mayor desarrollo por el hecho de haber sido relatada su causación por el mismo, y ofrecer coherencia con el informe médico forense; así como por haber sido reconocido el hecho y su autoría por el acusado, estando en cuanto a las características y extensión al resultado del informe del Médico Forense.

Sin embargo, no se considera probada la existencia de los elementos del tipo del 149 del CP., pues para su concurrencia se exige un elemento subjetivo, en la medida que se trata de un delito de comisión dolosa, cuya apreciación en este caso ofrece dudas a este tribunal, además de entender que no se cumple el requisito objetivo del tipo como es el resultado de causar una "enfermedad grave".

Desde el punto de vista del dolo, no se ha podido establecer con claridad el grado de conocimiento que tuviera el acusado de las características del virus y su potencial transmisibilidad a terceros o de su entidad potencialmente lesiva, incluso si él mismo estaba infectado por el virus, atendida la falta de constancia de cualquier síntoma somático en el acusado, constando únicamente que sabía que su pareja lo padecía, lo que determina la imposibilidad de apreciar su concurrencia a título siquiera de dolo eventual. Como expresa la SAP de Córdoba, sec. 2ª, de 22 de abril de 2010, refiriéndose a un caso de transmisión del virus del papiloma humano, que en este caso incluso tenía sintomatología física: "*Conforme a lo razonado anteriormente, la acusación por los dos delitos de lesiones del artículo 149.1º del Código Penal, justificadas por la enfermedad somática grave que las menores padecen, cae por su propia base, pues consustancial a la imputación era el conocimiento y consentimiento de la madre en el sometimiento a sus hijas a prácticas sexuales*".

Por otra parte, la pericial practicada en el plenario por parte de las dos médicas forenses, la ginecóloga y ambas patólogas, han evidenciado la frecuencia de la enfermedad en la población femenina con actividad sexual (aproximadamente un veinte por ciento de presencia en dicha población) y su relativa inocuidad, existiendo más de cien virus distintos del papiloma humano. La razón de su peligrosidad es que constituye precedente frecuente del cáncer de cuello de útero (un 50% de las mujeres que padecen dicha variedad de cáncer ha sufrido el indicado virus); enfermedad esta -el cáncer- que sí es de gravedad, pero que no consta contraída por la víctima, ni con un alto índice de probabilidad de padecerla en el futuro. Sólo consta que el virus detectado curó por propia iniciativa, sin necesidad de ningún tratamiento y sin que aparezca actualmente ninguna complicación médica ulterior por dicho padecimiento.



En definitiva, el virus transmitido no puede considerarse como una enfermedad grave actual, sino una posibilidad incierta de futuro, por lo que no puede servir para fundamentar la condena que se solicita, en perjuicio del reo.

No obstante, en el caso de desarrollarse en el futuro la complicación que proyectan las acusaciones, como hecho nuevo producido con posterioridad al enjuiciamiento y por tanto ajeno a la eficacia de la cosa juzgada, podría ampliarse la pretensión de responsabilidad civil que anticipa el Ministerio Fiscal en su escrito.

SEGUNDO.- Del expresado delito y de la falta de lesiones es criminalmente responsable en concepto de autor el acusado Evaristo a tenor de los artículos 27 y 28 del Código Penal .

La anterior calificación a partir de los hechos probados integra, con relación a Casilda , un delito continuado de violación de los arts. 178 , 179 y 180.1 3º y 74 del CP , según la redacción de los mismos en la fecha en que ocurrieron los hechos, pues no es de aplicación la reforma operada por la LO 5/2.010, al contemplar el actual art. 183 del CP la misma penalidad, no siendo por ello de invocación retroactiva. Igualmente integran una falta de lesiones del art. 617.1 del CP de la que sería víctima Romeo .

El delito de violación se caracteriza por los siguientes elementos: a) una acción lúbrica consistente en un acceso carnal con penetración; b) la presencia de violencia o intimidación en su realización; y c) la ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo. La agresión sexual consistió en acceso carnal por vía vaginal y bucal, ejecutada con ánimo lascivo, en cuanto se trata de satisfacer los deseos sexuales del acusado durante un prolongado periodo de tiempo. Además se lleva a cabo contra la voluntad de la denunciante, menor de trece años, empleando intimidación.

La intimidación a que se refiere la jurisprudencia es aquélla con la que se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima con el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (entre otras, las SSTS de 28 de abril de 1989 y 6 de abril de 1992). Aquí, la intimidación con la que vence la resistencia de la menor se produce al anunciarle la causación de un mal a ella (le daba a elegir entre completar el acto sexual por la fuerza o de forma voluntaria) o con la indicación de que si no accedía a sus exigencias sexuales no pagaría a su madre el tratamiento que necesitaba, en cuyo caso el mal temido es la muerte o desatención de su madre. En este sentido, se ha precisado por la madre de la menor que aunque el acusado no costeaba el tratamiento, lo cierto es que Casilda había visto cómo entregaba el dinero para pagar el alquiler, lo que daba verosimilitud a sus afirmaciones de que la salud de Rosaura dependía de su desprendimiento, en orden a considerar que su contribución económica podía determinar el bienestar familiar. Además, tales conminaciones se realizaban a una menor de trece años, con el consiguiente abuso de situación de superioridad por la vulnerabilidad del sujeto pasivo, que justifica la apreciación de la agravante prevista en el apartado 3º del art. 180.1 del CP , cuya procedencia refrenda la jurisprudencia y ha ratificado el legislador al establecer la regulación del art. 183 del CP en su redacción tras la LO 5/2.010. En este sentido el ATS de 2 de Junio del 2011 (ROJ: ATS 6929/2011; Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ) establece: "*Si partimos precisamente del factum de la resolución recurrida, que necesariamente hemos de respetar, dado el cauce casacional elegido, vemos como en él se describe concretamente los actos de violencia e intimidación a los que el recurrente sometía al menor para conseguir sus propósitos. Allí se dice, respecto a los hechos consistentes en las penetraciones bucales, que en varias ocasiones, ante la negativa del menor, le obligaba a abrir la boca, mandándoselo, al tiempo que le cogía fuertemente por el hombro y el cuello, añadiendo asimismo como le decía al menor que le pegaría si contaba algo a sus padres.*

La declaración como probado de tales hechos, que implican por sí mismos la existencia de actos concretos de violencia e intimidación, nos permite calificar los actos contra la libertad sexual de la víctima cometidos por el recurrente, entre ellos, las penetraciones ya expuestas, como un delito del artículo 179 del Código Penal , en relación con el artículo 178 del mismo texto legal, y siendo la citada víctima, además, menor de trece años, es igualmente ajustado a derecho la aplicación del número tres del apartado primero del artículo 180 , pues la vulnerabilidad allí descrita se aplica en todo caso ante tal circunstancia ". En el mismo sentido la STS de 25 de junio de 2.008 (ROJ STS 3769/2008; Ponente JOAQUIN GIMMENEZ GARCIA).

TERCERO .- En la ejecución del expresado delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, pero resultan de aplicación las reglas penológicas de la continuidad delictiva, tal como establece el art. 74 del CP . En este sentido, el carácter continuado de la infracción se establece porque no ha podido individualizarse el número de veces en que se han perpetrado las agresiones, que ha sido ejecutadas sobre la misma víctima y en el seno de la relación cuasi familiar entre las partes, en la vivienda de la menor, con la que convivía o, al menos al final, tenía libre acceso el acusado. A preguntas de la defensa, sobre si



habían sido más de diez o de veinte ocasiones, la menor ha manifestado que habían sido más de veinte, precisando que había días que le exigía prácticas sexuales hasta en tres ocasiones y que adquirió una caja de preservativos sólo en una ocasión, habiéndolos empleado todos ellos en sus relaciones, lo que revela un número indeterminado de actos, pero significativo, lo que impone la aplicación del criterio de la continuidad delictiva, tal como en casos semejantes viene entendiendo la jurisprudencia. Así, la STS de 5 de noviembre de 2008 (ROJ: STS 6095/2008; Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE) establece: " *solo es posible el delito continuado en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, (SSTS 11 de octubre y 26 de diciembre de 1996 ; de 15 de marzo de 1996 , 30 de julio de 1996 , 8 de julio de 1997 y 12 de enero , 16 de febrero , 22 de abril y 6 de octubre de 1998 , 9 de junio de 2000 y STS nº 1002/2001, de 30 de mayo) , situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas de la acción, cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo, (STS nº 1730/2001, de 2 de octubre) "*

Por consiguiente, apreciando la continuidad delictiva la pena típica a tener en cuenta, como punto de partida sería la mitad superior que es la comprendida entre los 13 años, 6 meses y 1 día a 15 años de prisión y, de conformidad, con lo que establece el art. 66.6º del Código Penal , considerando el elevado número de actos y lo prolongado en el tiempo de la situación de sometimiento de la víctima, así como el aprovechamiento de la relación cuasi familiar y de confianza para asegurar la comisión y procurar la impunidad que determina una muy elevada reprochabilidad de la conducta, debe imponerse la pena de 14 años y 3 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta como ordena el art. 55 del CP durante el tiempo de la condena.

Por la falta de lesiones del art. 617.1 del CP se impone al acusado la pena de CINCUENTA DÍAS MULTA con una cuota diaria de 6 €, por estar próxima la conducta al maltrato en el ámbito familiar (entonces ya no existía convivencia), además de por la diferencia de edad y situación que implica una mayor superioridad y tener por ello una mayor reprochabilidad; fijándose en dicha suma la cuota al no constar su situación económica, pero en el entendimiento que se trata de una cantidad asequible para cualquier economía, que, en este caso, no consta adolezca de concreta precariedad, pues contaba con trabajo remunerado en la localidad de Lorca.

CUARTO.- Como responsabilidad civil dimanante de dicho delito, procede establecer -conforme a las disposiciones de los artículos 109 y siguientes del Código Penal - la obligación del acusado de indemnizar, no sólo los daños corporales objetivamente constatados, es decir, los cinco días de lesión no impeditiva, que se calculan a un valor de 30 €/día, como es habitual en casos semejantes; sino también el daño moral, tal como solicita el Ministerio Fiscal y en la cuantía pedida, por cuanto resulta prudente y adecuada a las circunstancias concurrentes y que vienen descritas a lo largo de la presente resolución.

En este sentido la STS de fecha 2 de diciembre de 1994, nº 2101/1994 , señala que, siendo los daños morales " *consecuencia inmediata del hecho punible, en el que van supuestos y embebidos, basta la determinación del hecho delictivo para poderlos apreciar como consecuencia natural de la acción criminal ejecutada* ". Y en la misma línea declara la STS de fecha 29 de enero de 2005, nº 105/2005 , 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* ".

Pues bien, que el padecimiento por parte de una víctima de un abuso sexual indefectiblemente le causa un daño moral es algo que se estima indiscutible hasta el punto de que tan solo se admitiría como razonable la discusión sobre la cuantía de la indemnización a satisfacer, pero no sobre el derecho a percibir una indemnización por tal concepto.

Y sobre este punto se estima razonable la cantidad de 50.000 € (cincuenta mil euros) solicitada por las acusaciones, teniendo en cuenta la persistencia en el ataque sufrido, la temprana edad a partir de la cual se sufrieron las agresiones que influyen sin duda en épocas de maduración de la personalidad, así como las circunstancias de temor vividas con ocasión de los hechos en su propio hogar y por quien debía ejercer como protector y promotor de su normal desarrollo en auxilio de quien era su pareja.

QUINTO.- Conforme el artículo 123 del mismo Código, han de ser impuestas las costas al acusado las dos terceras partes, declarando el tercio restante de oficio, al haber sido absuelto de una de las infracciones por las que se solicitaba condena; incluyendo en la condena las relativas a la acusación particular al haber mantenido pretensiones homogéneas con las tesis del Ministerio Fiscal y esencialmente coincidentes con la estimación de la presente sentencia.



VISTOS, además de los preceptos citados, otros de pertinente aplicación del mismo Código Penal y los artículos 141 , 142 , 239 , 240 , 741 y 742 y demás de general aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IV - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS : Que debemos condenar y **CONDENAMOS** al acusado en esta causa **Evaristo** como autor penalmente responsable de las siguientes infracciones:

-Un delito continuado de violación de los arts. 178 , 179 y 180.1 3 º y 74 del CP , según la redacción de los mismos en la fecha en que ocurrieron los hechos, consumado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de **CATORCE AÑOS y TRES MESES** de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena.

- Una falta de lesiones del art. 617.1 del CP , consumada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de **CINCUENTA DÍAS MULTA** con una cuota diaria de 6 €;

ABSOLVEMOS al citado acusado del delito de lesiones por transmisión de enfermedad grave del art. 149.1 del CP por el que se solicitaba condena;

Asimismo condenamos a **Evaristo** a que indemnice a **Casilda** , a través de su representante legal, en la cantidad de 50.000 € (**CINCUENTA MIL EUROS**) con más sus intereses legales y a **Romeo** , en los mismos términos, en la cantidad de 150 € (**CIENTO CINCUENTA EUROS**); condenando igualmente al acusado al pago de las dos terceras partes de las costas procesales, declarando el tercio restante de oficio.

Abonamos a dicho acusado todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad.

Reclámese, si procede, del Juzgado Instructor -previa formación, en su caso, por el mismo- la pieza de responsabilidad civil de esta causa penal.

Requírase al condenado al abono, en plazo de **QUINCE DIAS** de la responsabilidad civil declarada y de la multa impuesta; caso de impago y de ser insolvente, cumpla el mismo la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria del artículo del Código Penal un arresto de un día por cada dos cuotas que resulten impagadas.

Notifíquese esta resolución conforme lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Conforme al artículo 789-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , notifíquese la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Yo, la Secretaria, **CERTIFICO** : Que la presente copia es fiel reflejo de su original y para su notificación a las partes se hace saber que contra esta sentencia cabe **RECURSO DE CASACIÓN** en término de **CINCO DÍAS** ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, hasta tanto se dicten las leyes de procedimiento a que hace referencia la Disposición Final Segunda de la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre , de modificación de la L.O. 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, en relación con el artículo con el artículo 73.3. c) de la misma Ley.