



Roj: **SAP A 3011/2014 - ECLI:ES:APA:2014:3011**

Id Cendoj: **03014370102014100360**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **10**

Fecha: **01/07/2014**

Nº de Recurso: **20/2012**

Nº de Resolución: **360/2014**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **JESUS GOMEZ-ANGULO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN DECIMA

ALICANTE

Plaza DEL AYUNTAMIENTO,

Tfno: 965.16.98.72 / 73 / 74 / 00

Fax...: 965.16.98.76;

email...:alap10_ali@gva.es

NIG: 03014-37-1-2012-0006406

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 000020/2012- TRAMITE -**

Dimana del Sumario Nº 000001/2012

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 3 DE DIRECCION014

SENTENCIA Nº 000360/2014

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:

D.Javier Martínez Marfil

Magistrados/as:

D.Jesús Gómez Angulo Rodríguez

Dª Mª Margarita Esquivá Bartolomé

=====

En Alicante, a uno de julio de dos mil catorce.

VISTA en juicio oral y público, el pasado día 19 de junio de 2014, por la Audiencia Provincial, Sección Décima, de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. del margen, la causa procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de DIRECCION014 , por delito de AGRESIÓN SEXUAL, contra el procesado Romualdo con DNI NUM000 , nacido el NUM001 /1977 en DIRECCION015 d' En Sarria, hijo de Carlos Manuel y de Encarna , representado por la Procuradora Dª Natalia Mesa-Sánchez Capuchino y defendido por la letrada Dª Cristina Catalina Martínez Gil; En cuya causa fue **parte acusadora el MINISTERIO FISCAL**, representado por el Fiscal Ilmo. Sr. D. Gonzalo Pedreño ; Actuando como **Ponente**, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gómez Angulo Rodríguez de esta Sección Décima, que expresa el parecer de la Sala.



I - ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Desde sus Diligencias Previas núm. 632/2011 el Juzgado de Instrucción núm. 3 de DIRECCION014 instruyó Procedimiento de Sumario Ordinario núm. 1/2012, en el que fue acusado Romualdo por el delito de agresión sexual, antes de que dicho procedimiento fuera elevado a esta Audiencia Provincial para continuar la correspondiente tramitación en el presente Rollo de Sala núm. 20/2012 de esta Sección Décima.

SEGUNDO.- El **MINISTERIO FISCAL**, en sus conclusiones definitivas, introdujo las siguientes modificaciones en la conclusión 1º: *"En el párrafo segundo, en la línea novena, después de "vaginal y oral" se añade: "todo ello prevaleciendo de sus mayores fuerza y envergadura físicas, del temor que le inspiraba porque tenía conocimiento de su carácter violento, y del nivel de madurez y del propio estado de debilidad física en que se encontraba por la ingesta, y pese a que ella trataba de empujarlo y apartarlo para quitárselo de encima". Se añade un nuevo párrafo cuarto del siguiente tenor: "Como consecuencia de estos hechos, Victoria sufrió un trastorno de estrés postraumático de carácter crónico, con un estado de malestar significativo y deterioro social y personal, así como una grave interferencia en su desarrollo sexual y madurativo". Los párrafos cuarto y quinto de esta conclusión en el escrito anterior se convierten en los quinto y sexto, respectivamente."* Y calificó definitivamente los hechos procesales como constitutivos de un delito continuado de agresión sexual de los arts. 178, 179 y 74, o, alternativamente, de un delito continuado de abuso sexual continuado de los art. 181.1º, 2º, 3º y 4º y 74 del Código Penal, y, considerando autor al acusado sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, intereso la imposición de las siguientes penas: diez años de prisión e inhabilitación absoluta (art.55 CP), o alternativamente, ocho años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, así como de acuerdo con los arts. 48 y 57 CP, once o, alternativamente, nueve años de prohibición de acercarse a menos de 100 metros de Victoria , de su domicilio y lugar de trabajo y de comunicarse con ella por cualquier medio. Así mismo, de conformidad con el art. 192.1º CP, en relación con el 106, la medida de ocho años de libertad vigilada con posterioridad a la pena privativa de libertad consistente en prohibición de aproximarse a menos de 100 metros y de comunicarse con la menor, y prohibición de realizar actividades que impliquen supervisión de menores, tanto remuneradas como gratuitas (tales como profesor, monitor. Etc). En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Victoria a través de sus representantes legales en la cantidad de 40.000 euros.

La Acusación Particular se adhirió a las modificaciones de calificación efectuadas por el Ministerio Fiscal, solicitando las penas de 12 años de prisión en el caso de la calificación como agresión sexual, y, alternativamente, la de diez años de prisión en el caso de la hipótesis del abuso, que la prohibición de aproximación sea a no menos de 300 metros por plazo de diez años, y quince años de libertad vigilada con el mismo contenido interesado por el Ministerio Fiscal. La responsabilidad civil la eleva a sesenta mil euros.

TERCERO.- La **DEFENSA**, en el mismo trámite, solicitó la libre absolución de su defendido.

II - HECHOS PROBADOS

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

Es acusado Romualdo , nacido el NUM016 de 1976 y con antecedentes penales no computable a los efectos de reincidencia.

En las primeras horas del día 14 de febrero de 2011 Victoria , que tan solo contaba con trece años, como nacida el NUM002 de 1997, acudió al domicilio del acusado Romualdo sito en la CALLE000 NUM003 de DIRECCION015 d'En Sarira, vecino del mismo barrio de toda la vida y conocido de sus padres, con el que su mejor amiga Regina ya había intimado con anterioridad. La excusa de la visita a esas altas horas de la noche era jugar a la Play Station 3.

Victoria no presenta ningún deficit cognitivo, aunque haya tenido problemas en el proceso de escolarización. Vivía en una familia desestructurada y en aquellas fechas había discutido con sus progenitores.

Una vez en el interior del domicilio del acusado, tras haber ingerido una consumición alcohólica y fumando algunos cigarros, ambos intimaron llegando a practicar sexo oral, y efectuando el acusado diversas fotografías en las que se ve a Victoria que permanecía vestida y otras dos finales estando ya desnuda. Pasadas las dos y media de la mañana la menor abandono el lugar tras vestirse.

No ha quedado suficientemente acreditado que acudiera en otras ocasiones, o que mantuviera nuevas relaciones sexuales con el acusado.

La menor formuló denuncia el 15 de abril de 2011.

Los hechos han supuesto una interferencia negativa en el desarrollo sexual de la menor.



Por Auto de fecha 20 de abril de 2011 se acordó la medida cautelar de prohibición del acusado de aproximarse y comunicar con la menor.

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.

La prueba esencial y determinante con la que hemos contado, como suele ocurrir en muchos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, es la declaración de la víctima. Atendido el carácter confuso, dubitativo, de muy difícil interpretación, plagada de omisiones de información, datos contradictorios y lagunas de memoria que la propia menor asume y no sabe explicar, es por lo que la Sala anticipa que no cuenta con un material probatorio suficiente sobre el que articular un relato fáctico que determine la existencia de comportamientos penalmente relevantes. Existen, como veremos, demasiadas dudas que impiden alcanzar certeza. Por ello el relato de hechos probados solo acoge como hecho indubitado, y que la Sala da por acreditado de manera irrefutable, el acceso bucal acaecido el día 14, según datación de las fotografías, contacto sexual que es reconocido, como no podía ser de otra manera, por el propio acusado. El problema es que, como veremos, no existe prueba alguna donde asentar ni una situación de agresión intimidatoria o violenta, como introdujo novedosamente el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones finales, ni tampoco de intimidación ni abuso sexual en ninguna de las modalidades posibles como tendremos ocasión de analizar con detalle. Las declaraciones de la menor son abiertamente contradictorias, absolutamente inverosímiles en cuanto a los sucesivos encuentros que ella relata, y carentes de la mínima consistencia y verosimilitud como para asentar en ellas un pronunciamiento de condena.

Verdaderamente, de las declaraciones de la menor apenas se puede obtener contenido informativo mínimamente fiable. Hemos de partir de una consideración de la máxima importancia. Tenemos datos objetivos irrefutables de que al menos un día sí que estuvo en el domicilio y mantuvo relaciones de sexo oral con el acusado. Por ello, el que la menor aporte detalles de la vivienda, y experimente como realmente vivió el acontecimiento no añade, en este concreto supuesto, especial consistencia o verosimilitud a su completo relato, pues, cuando se le inquiriere información sobre lo acontecido absolutamente todas sus respuestas se remiten a un "no lo recuerdo", "no me acuerdo", "me cuesta recordar", "no sé lo que paso".

Los distintos relatos sostenidos por la menor a lo largo de la tramitación de la causa, no solo están plagados de lagunas, sino que alteran y trastocan aspectos nucleares del hecho. La menor habla, ahora en el juicio, de otros dos encuentros, contradiciendo anteriores versiones en que mencionó tres ocasiones más en las que habría acudido al domicilio del acusado para mantener relaciones sexuales, pero no las sitúa correctamente en el tiempo, ni por datos aproximados de día laborable o festivo, hora del suceso (ello pese al escaso tiempo transcurrido hasta la denuncia) y, lo que es más importante, no sabe explicar con una mínima coherencia y consistencia, por qué acudió nuevamente al domicilio del acusado en esas ocasiones, ni qué sucedió, ni en qué consistieron las interacciones sexuales, ni si esta vez consintió o estaba alterada o su voluntad anulada o mermada por la ingesta de alguna sustancia. Se limita a decir, con llamativas alteraciones y contradicciones entre una y otra versión, que en todas ocurrió lo que la primera vez, consumo supuesto de sustancias estupefacientes y que no recuerda nada.

Es importante destacar que nunca la menor había relatado ni agresión o uso de violencia física alguno en sus primeras declaraciones, y en el acto del juicio solo acaba manifestando, tras numerosas preguntas, pues, en el relato espontáneo no facilita ningún relato válido, un inespecífico "que intenté apartarle pero no tenía fuerzas". Es evidente que la hipótesis de la agresión física violenta, que el Ministerio Fiscal introduce por primera vez en sus conclusiones definitivas debe ser radicalmente rechazada. Nunca hasta ahora había sido sostenida en ninguna de sus anteriores declaraciones en sede policial y judicial, ni tampoco tiene reflejo alguno en los relatos considerados y facilitados a los distintos peritos psicólogos intervinientes. Más sugerente pudiera ser la versión de la utilización de las fotografías hechas el primer día, como medio para obtener el consentimiento a los nuevos contactos. Pero tampoco en este punto las manifestaciones de la menor permiten aportar el mínimo de consistencia para alcanzar la certeza de lo sucedido. Es verdaderamente llamativo que el dato de las fotografías en ocasiones es ocultado, no lo relata como determinante para acudir en la segunda ocasión, pues, nos dice que acude voluntariamente y es el interior cuando supuestamente conoce la existencia de las fotografías. Si confrontamos otras versiones de la menor con la reflejada entrecomillada en el segundo informe pericial emitido por los psicólogos colegiados NUM004 y NUM005 (específicamente el relato entrecomillado al f.190) veremos que la versión es diametralmente opuesta. En la entrevista con la psicóloga del SPA da otra versión, y asume que parte de lo sucedido no lo relató pero lo que relata tampoco se compadece con lo que se observa en las fotografías, en las que claramente existen dos secuencias, y que no se compagina con el



supuesto estado de postración o letargo que nos quiere hacer ver. Si nos centramos en los datos aportados en el acto del juicio hemos de recordar, una vez más, que la frase más repetida es "no lo recuerdo", abundan los silencios, muy llamativo al minuto 20:58 de la grabación cuando se le inquiriere que relate lo sucedido "no recuerdo lo que paso", el relato espontáneo es inexistente, y cuando se le pregunta de forma más directa y concisa, o responde con evasivas, o entremezcla información, distinta de la sostenida con anterioridad. Cambia el número de encuentros con contenido sexual. Parece ahora que era la primera en la que relata que ella "le empujó", pero que no tenía fuerza, algo que ahora entremezcla con la tercera ocasión, pero todo expuesto de forma muy confusa, que no se corresponde con anteriores versiones. Pero cuando se le pregunta por qué acudió a altas horas de la noche a casa de un extraño, da respuesta poco consistentes: "había discutido con sus padres". En otras ocasiones insiste en que no puede acordarse (28:48) y al minuto 29:04 afirma que "necesitaba esa sensación de alejo". Cuando le Ministerio Fiscal le indica que aclare esa expresión, contesta "de alejarme de lo normal", de "tomar algo", e insistida si se refiere a la sustancias supuestamente consumidas dice que no, "de pasar el rato con alguien" Los motivos para acudir las supuestas 2º y 3º ocasión o el desarrollo de lo verdaderamente acontecido en dichas ocasiones es imposible de trazar. Aun cuando centremos nuestra atención en la primera ocasión, única que se considera probada, tampoco contamos con prueba irrefutable de que consumiera sustancias tóxicas o prohibidas que anularan su capacidad de discernimiento. Nos dice que tras el cigarro ya se siente mareada y no recuerda muy bien nada más. No menciona el alcohol. La supuesta raya de cocaína que se mencionaba en la denuncia inicial, no aparece clara en posteriores relatos, aunque si la menciona en el acto del juicio a preguntas del Ministerio Fiscal y no de forma espontánea. De la segunda vez menciona las fotos pero no describe como acontecen los hechos. El dato de las fotos sin embargo no lo menciona en el relato a la primera psicológica, y a los otros lo sitúa en el tercer encuentro. En otras ocasiones dice que siempre sucedía lo mismo, consumía algo que la dejaba dormida. No parece muy lógico que hasta en tres ocasiones sucesivas alguien pueda caer en semejantes artificios, no explicados. Tampoco el consumo de bebidas alcohólicas, que el acusado menciona, es recogido de forma consistente y mantenida en el tiempo. Tras oír a la menor aún no sabemos si fumó cigarrillos de tabaco o de marihuana. Al parecer sí era conocedora de la diferencia pero no acaba de aclarar y explicitar con detalle qué fumó. En todo caso el estado de somnolencia, postración o letargo que sostienen las acusaciones no parece justificado ni mínimamente explicado como para darlo por cierto. Ya en su primera declaración a la juez le llamó la atención ese detalle, como también la falta de lógica que accediera a entrar en plena noche en la casa de alguien de quien dice sentía miedo, y le abre ya en calzoncillos. Por ello hemos de dar por únicamente acreditado el primer encuentro del que tenemos datos corroboradores e irrefutables.

El acusado en una declaración manifiestamente interesada, como por otro lado es lógico, solo asume la visita del día que no puede negar puesto que existen las fotografías. Niega cualquier otra visita a su domicilio, y da una explicación muy limitada y superficial de cómo sucedieron los acontecimientos el día 14. Afirma que todo fue consentido, que la menor fue voluntariamente y en escaso tiempo, sin antes apenas conocerse de nada, más que por ser vecinos de la misma calle de toda la vida, se produjo el encuentro y la grabación de las fotografías de la menor realizándole una felación. Fotografías que explica con una versión peregrina. Es un relato plano, carente del más mínimo detalle, y de muy escasa verosimilitud, que únicamente se centra en los datos que a él le pueden exculpar. En todo momento pretende hacernos ver que siempre creyó que la chica era algo mayor, como su amiga Isabel, quien en todo caso solo tenía quince años. Si asume que consumió una bebida alcohólica y fumó varios cigarrillos. No sabe dar mayor explicación al porqué la menor ha querido involucrarle en tan graves hechos, que decir que existía una animadversión por que Victoria sabía que él era el responsable de haber denunciado a su padre como poseedor de varias plantas de marihuana en su vivienda, y porque rechazó volver a quedar con la menor tras ese primer encuentro. El episodio de la denuncia al padre de la menor no ha quedado suficientemente esclarecido, y aunque es reconocido por la madre, no ha sido citado a declarar el mencionado policía local que tuvo participación y que indujo a denunciar a la menor. La sospecha de parcialidad no se ha despejado.

Hemos contado también con el testimonio interesante de Regina. Era la mejor amiga de Victoria, fue la que la convenció y acompañó para que denunciara, avaló en sus primeras declaraciones la versión de Victoria, pero, sin embargo, en el acto del juicio modifica, o matiza de manera importante su testimonio. Pone en duda gran parte de la versión de Victoria, y habla de unas confusas presiones para que "le echara una mano en el juicio", pero que ella "solo quiere decir la verdad", y luego precisa que Victoria solo quería que apoyara su testimonio de que fue el propio acusado el que la invitó a su casa la primera vez. Ella afirma, y eso vienen igualmente a corroborar el carácter irrefutable del primer encuentro, que solo conoció el primer encuentro, en el que Victoria solo le habla de haber practicado sexo oral, nunca de penetración vaginal. Conoce de la existencia de las fotos, pero niega que supiera de los otros encuentros que relata Victoria.

Se ha practicado abundante prueba pericial. Por un lado ha comparecido la perito psicóloga NUM006 perteneciente al Servicio de Atención Psicológica a Menores víctimas de abusos sexuales y menores



perpetradores de la Comunidad Valenciana, (f.137-147), y por otro los dos peritos judicialmente designados, psicólogos colegiados NUM004 y NUM005 (informe obrante a los f.176-188). Ambos peritajes coinciden en afirmar que la menor no presenta ningún trastorno psicológico ni limitación en sus capacidades cognitivas que le impidan ofrecer un relato válido.

Especialmente significativo es el último párrafo de conclusiones del primer informe cuando, tras relatar que nos encontramos con una menor con una extrema vergüenza y sentimientos de culpa y responsabilidad por haber mantenido este tipo de relaciones sexuales, destaca que Victoria entra en contradicciones, omite información, añade elementos, motivados probablemente para justificar su participación, dado los sentimientos de culpa, ofreciendo por tanto un testimonio confuso, aunque aclara que ese sentimiento de no haberse sabido defender adecuadamente es propio de las víctimas de abuso sexuales y de violación por conocidos, y, finalmente nos dice " En resumen es un caso complejo en el que parece que han tenido lugar una serie de interacciones sexuales entre el adulto y la menor, al parecer sin mediar violencia física, pero que dada la gran asimetría de edad, 13 años frente a 34 años, y atendiendo a las características psicológicas de la menor y a su entorno familiar (vulnerabilidad, situaciones de violencia familiar, pocas habilidades y escasa asertividad, deseo de agradar a los demás para conseguir su aceptación). Lo anteriormente expuesto, desde el punto de vista psicológico, **supone una vivencia sexualmente abusiva por parte del adulto**" (f.145). Viene a exponer la existencia de una relación de carácter abusivo, en la que la asimetría de edad diferencia el supuesto analizado de una relación con consentimiento libre y voluntario entre personas adultas, si bien tiene que reconocer la dificultades de establecer un relato mínimamente fiable a partir del confuso testimonio de la menor, y destaca que cuenta también con **las circunstancias personales de ella**. Veremos que, jurídicamente, a partir tan solo de la disimetría de la edad no puede sustentarse la situación de prevalimiento de superioridad del apartado cuarto del art. 180.1. CP único en el que podría tener encaje el supuesto analizado. Finaliza el informe afirmando que "Todo esto ha supuesto una elevado coste psicológico para la menor y una grave interferencia en su desarrollo sexual.". Esta grave problemática sobre la fijación de la edad mínima de consentimiento está en el debate jurídico, existiendo en la actualidad un anteproyecto de ley que pretende elevar la cifra de los 13 años actuales a los 15 años. Sobre todo ello volveremos al analizar si todas dichas circunstancias fueron conocidas y aprovechadas por el acusado para poder obtener un consentimiento, que por ello mismo hemos de considerar inválido.

El segundo de los informes psicológicos, efectuado cierto tiempo después, parte de un relato de hechos bastante distorsionado en relación con otras manifestaciones anteriores de la menor, y algunos datos no suficientemente contrastados más allá de alguna manifestación familiar. Habla así de "entorno familiar muy desestructurado, propiciado por situaciones de violencia familiar, padre alcohólico, falta de comunicación en la relación madre-hija, entorno social precario, que conlleva a un desequilibrio afectivo y emocional en la menor", si bien la familia permanece unida, y los progenitores han mostrado apoyo a la menor, que tan solo relata problemas puntuales y discusiones familiares sin mayor trascendencia, y añade el informe "dificultades en su desarrollo con grave desmotivación hacía el aprendizaje llegando a sufrir durante años acoso de sus iguales en el entorno escolar", que solo refiere a episodios de alteración del orden en clase impuestos por el grupo de amistades. En todo caso, añade que "el desarrollo físico y psíquico de la menor es el propio de una adolescente con inteligencia normal. Se manifiesta sin déficit cognitivo según impresión clínica, sin problemas en la comprensión ni expresión del lenguaje. Muestra capacidad de memoria normalmente".

El informe médico forense tampoco ha podido aportar excesiva claridad a los hechos debatidos. La duda que se refleja de forma expresa sobre si la menor había tenido, o no, relaciones sexuales completas con anterioridad deja entrever nuevas debilidades en el testimonio de la menor. Lo cierto es que esa duda se reflejó en el informe ante la información contradictoria de la menor, y la constatación de la existencia de "una vagina elástica y amplia, himen perforado que denota anteriores relaciones" sexuales, sin poder aclarar en el acto del juicio si eran las acaecidas hacía ya dos meses, o incluso anteriores. Es por ello que aunque la menor ha manifestado que no había tenido relaciones sexuales con acceso vaginal con anterioridad, la Sala alberga una mínima duda que obliga a no tener por acreditado ese dato. Se le hicieron pruebas de orina para detectar consumo de tóxicos que dieron resultado negativo, aunque tampoco tenemos claro cuando habría tenido lugar la última relación o contacto con el acusado, pues ya mencionado que no se ubican en el tiempo, y se habla de un cuarto encuentro en el que no habría habido ninguna relación sexual.

En relación con la fiabilidad de la declaración de que hablan los psicólogos, como la valoración de la medida en que lo declarado por la presunta víctima corresponde, ciertamente, a su experiencia vivida, pues, una declaración que se basa en hechos que ciertamente se han vivido difiere de aquella que es fruto de la imaginación, ya hemos visto como al menos uno de los encuentros es totalmente real, existiendo la discrepancia en el modo de expresar la supuesta voluntad contraria a la relación. Para la validez, nos dicen, se debe realizar un estudio completo de todas las personas o circunstancias en concurren en el hecho cuya credibilidad se pretende analizar y utilizan hasta once criterios, similares a los utilizados en el ámbito de la



valoración jurídica, si bien, con presupuestos y conclusiones distintas. Así, el informe considera, respecto del lenguaje y conocimiento apropiado lo declarado en una adolescente que no ha tenido ninguna experiencia sexual completas hasta el día de la agresión (dato que hemos de poner en duda a partir de la prueba pericial médica), expresión afectiva apropiada a la narración de los hechos (aunque la narración es inexistente y la afectación psicológica de la experiencia vivida indudable, pero no suficiente, como veremos para conformar la relevancia penal del suceso analizado), poca susceptibilidad no dejándose amedrentar por preguntas directas o coercitivas (todo lo contrario que en el acto del juicio), afirmando incluso que "No existe, además, ninguna contradicción entre distintas declaraciones" lo que entra en abierta oposición con lo aquí valorado. El dato de la inexistencia de animadversión subjetiva o motivos espureos para acusar al denunciado, ha sido puesto en duda por el acusado y, esencialmente, por la testigo Regina .

SEGUNDO.- Hemos de recordar aunque sea de forma sucinta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 788/2012 de 24 de octubre ROJ: STS 6815/2012) ha señalado:

1.- "que la declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aunque sea la única prueba concurrente, lo que es frecuente que suceda en casos de agresión sexual, porque al buscar el acusado para la comisión de los hechos delictivos un ámbito íntimo, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferente (STS 187/2012, de 20 de marzo , STS 688/2012, de 27 de septiembre y la STS 724/2012, de 2 de octubre)."

2.- "La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla al órgano de enjuiciamiento, que es el que dispone de inmediación, y lo que le compete a este Tribunal de Casación, a través del motivo casacional por presunción de inocencia, es el control de la racionalidad de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia."

3.- "Para verificar la estructura racional de dicho proceso valorativo se establecen notas o parámetros que coadyuvan a su valoración, y que consisten, en síntesis, en el análisis de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación"

4.- "la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad de los testigos puede ser admisible como herramienta complementaria de valoración de las declaraciones testificales. Pero, por su propia naturaleza, ha de considerarse una prueba excepcional, referente a aspectos complementarios (personalidad, situación emocional, etc.) y que desde luego no puede sustituir a la función genuina de valoración del testimonio que corresponde al Tribunal. "

Por ello el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias , como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación. Resumiendo el contenido de la STS 480/2012, de 29 de Mayo del 2012 (ROJ: **STS 4495/2012**) podemos establecer:

1. Respecto al criterio de la incredibilidad tiene dos aspectos subjetivos relevantes:

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

1.2 La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes

2. Por lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos . Esto supone:

2.1 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.

2.2 La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; 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.



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

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

3.2 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.

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

En todo caso, nos recuerda la repetida sentencia "los indicados criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad valorativos representen. Por ello -como decíamos en las SSTs. 10.7.2007 Y 20.7.2006 - la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios, 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. Por tanto, los indicados criterios, no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros mínimos de contraste a que ha de someterse la declaración de la víctima."

Esta misma sentencia se adentra en la viabilidad del testimonio de los menores, recordando que "La responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de su testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyo que estime procedente.

Por ello se insiste en la importancia de que existen datos periféricos que corroboren la declaración de las víctimas -menores de edad- especialmente en los delitos sexuales, como pueden ser estos informes psicológicos, el del forense sobre secuelas psíquicas y las declaraciones de familiares, que se consideran complementarios del testimonio de aquéllas".

Ya hemos anticipado como la declaración de la víctima adolece de graves carencias, no se ha mantenido de una forma coherente y persistente en sus distintas exposiciones, y la continua alteración de datos unido a flagrantes y poco explicadas lagunas absolutas de memoria, imposibilita articular un relato consistente salvo en el encuentro del que contamos con pruebas objetivas periféricas.

TERCERO.- Caracterización de los abusos. El modo de constreñir la libertad, de doblegar la voluntad contraria del sujeto pasivo, ha pasado a configurarse como el criterio sistemático esencial de todos los comportamientos contemplados como agresiones sexuales (Arts. 178-179), abusos sexuales (Art.181 y 182), y agresiones y abusos a menores de trece años (Art.183). Históricamente nuestro derecho penal sexual se articulaba en torno a la figura de la violación (entendida antes de al reforma de 1989 como coito vaginal heterosexual) y el resto de los posibles ataques de contenido sexual. La actual regulación, tras las sucesivas reformas introducidas desde el CP de 1995, no se centra ya en el tipo de contacto físico o acceso corporal, sino en el **modo comisivo**, es decir, **en el medio a través del cuál se consigue vencer el consentimiento contrario a la participación en el acto sexual**. Lo determinante es pues si existe intimidación o violencia, en cuyo caso estaremos en presencia de una agresión sexual de las recogidas en el capítulo I; o si el contacto se ha verificado sin intimidación o violencia y sin que medie consentimiento, en cuyo caso hablaremos de abuso, situación a la que se equiparaba, hasta la reforma de 2010, el verificado con menor de 13 años, cifra introducida desde la reforma de 1999, con persona privada de razón, y mediante el aprovechamiento de una situación de prevalencia, o especial vulnerabilidad, si bien, tras la mencionada reforma operada por LO 5/2010 los hechos cometidos sobre menor de trece años adquieren carta de naturaleza diferenciada dando lugar a un capítulo diferenciado, el II bis, creándose al tiempo una nueva modalidad de abuso en la situación de engaño sobre mayor de trece y menor de 16, en cuyo caso solo cabe hablar de abuso. En todas las diferentes modalidades comisivas, también en el nuevo art. 183 CP, se sigue una misma estructura que parte de un tipo básico, un tipo agravado por la especialidad del contacto en caso de acceso carnal y asimilados, estableciéndose a continuación diversas modalidades agravatorias aplicables a ambos supuestos.

En relación con el delito de abusos sexuales cabe recordar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas las sentencias de de 5.5.2000, 14.5.2004 y 30.10.05, ha establecido, como doctrina general que, frente a



los ataques contra la libertad sexual caracterizados por el empleo de la violencia o la intimidación como medio comisivo para contravenir o vencer la voluntad contraria de la víctima, tipificados como "agresión sexual" del art. 178 del C.P., con el complemento que representan los subtipos agravados de los art. 179 y 180 del C.P., este Texto Legal contempla el supuesto de mera ausencia o falta de consentimiento libre en el artículo 181 como "abuso sexual", con tres tipologías distintas:

- A) la básica del número 1º, constituida sobre la general exigencia de que no medie consentimiento;
- B) la agravada del número 2º, que considera en todo caso como abuso no consentido el cometido sobre menores de trece años, -reforma LO 11/99, de 30 de abril-, o sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusa, cuyo fundamento reside en la incompatibilidad que estas fases de inmadurez psicoorgánica (menor de trece años) o estos estados patológicos del sujeto (privación de sentido; trastorno mental) tienen con un verdadero consentimiento libre basado en el conocimiento de la trascendencia y significado del acto; y
- C) la del núm. 3 en la que, a diferencia de las anteriores, el consentimiento existe y se presta, pero sobre la base de una voluntad formada con el vicio de origen producido por una previa situación de superioridad aprovechada por el sujeto; lo que da lugar al llamado "abuso de prevalimiento".

Cada una de las tres tipologías posibles de "abuso" sexual previstas en el artículo 181 -y diferenciadas de las de "agresión" del art. 178 y ss.- es a su vez susceptible de presentar en el desvalor de la acción un incremento contemplado por el legislador en los distintos subtipos agravados, o más exactamente agravaciones específicas, que son aplicables a los tipos generales del artículo 181. Esas agravaciones son precisamente las del artículo 182 (actual 181.4 y 5 tras la reforma operada por LO5/2.010), y carecen por sí mismas de autonomía típica, en cuanto incorporan un plus de antijuridicidad por el especial alcance sexual del comportamiento, respecto de aquel desvalor general propio de los tipos del artículo 181 asentado en el aspecto negativo de la ausencia de consentimiento. Ese desvalor de los subtipos se desarrolla a su vez en dos niveles: por un lado sustituyendo las penas previstas al artículo 181 por otras más graves cuando el "abuso sexual" -esto es el delito de que se trate según el art. 181 - consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías; y por otro lado imponiendo esas nuevas penas agravadas en su mitad superior cuando esos comportamientos agravantes del párrafo primero se hicieran con los prevalimientos o abusos previstos en el párrafo segundo del mismo artículo 182 (actual 181.4) (las circunstancias 3ª ó 4ª de las previstas en el art. 180.1 CP).

Sentado esto, 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, la ejecución de actos que atenten contra la libertad sexual de una persona, elemento este que es el común con los delitos de agresión sexual, de igual modo que el sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona, hombre o mujer; siendo esta infracción prevista en el artículo 181 el tipo penal paralelo al tipo descrito en el artículo 178, pero sin mediar violencia o intimidación. b) Un elemento intencional o psicológico, representado por la finalidad lasciva. c) El elemento consistente en la vulneración de la libertad sexual o indemnidad sexual de la víctima, sin emplearse violencia e intimidación contra ella y sin que medie consentimiento, considerándose abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años o por estar enajenada o privada de razón o sentido de víctima de los mismos, no siendo tampoco válido el consentimiento cuando se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. La acción típica ha de llevarse a efecto sin violencia o intimidación, ya que es éste el elemento diferenciador con el delito de "agresión sexual", y sin que medie consentimiento por parte de la víctima. El art. 181.1 del C.P. es pues un tipo básico y como tal residual, por lo que cuando se produzcan las especificaciones típicas de la situación de la víctima (artículo 181.2) o las maneras de obtener con prevalimiento el consentimiento (artículo 181.3) o con relación a la edad de la víctima, se aplicarán, por mor del principio de especialidad, estos tipos penales y no el tipo básico del artículo 181.1 del C. Penal .

Prevalimiento. Dicha regulación legal, existente ya desde la reforma de la LO 11/1999, conduce a estimar que, a los efectos del artículo 181 y 182 (figura agravada para el caso de existir acceso carnal), la decisión del menor, una vez tiene trece años, consintiendo la realización de actos de naturaleza sexual es válida salvo que, junto con otros supuestos ajenos al que nos ocupa, **el autor obtenga el consentimiento prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.**

El tipo referido a la citada modalidad de 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 disposición 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 **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. Por ello, desde el punto de vista del tipo subjetivo, aunque normalmente ocurrirá al ser manifiesta, es preciso que el autor perciba la situación de superioridad (SSTS nº 1263/2006 de 22 de diciembre y nº 1149/2003 de 8 de septiembre).

En particular, la edad de la víctima puede determinar la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento (el legislador de 1995 estimó que en todo caso constituían abusos sexuales no consentidos los que se ejercitasen sobre menores de 12 años, elevándose ese mínimo legal a 13 años por la LO 11/99, y estando en trámite parlamentario una nueva reforma legislativa que eleva ese umbral) resultando evidente que *cuanto menor sea dicha edad menos capacidad de libre determinación tiene la persona afectada, y que en personas muy próximas a dicha edad, la posibilidad de coartar dicha capacidad es muy relevante*. Por ello, la diferencia evidente de edad, especialmente cuando el menor está muy cercano a los trece años, ha sido valorada por la jurisprudencia (SSTS nº 1312/2005, de 7 de noviembre y nº 1287/2003, de 10 de octubre) como una situación que origina generalmente una superioridad de la que, **de una u otra forma que debe aparecer en los hechos**, puede aprovecharse el autor para lograr la no oposición del menor a la realización de actos de naturaleza sexual.

Y si bien es cierto que supuestos de relaciones sexuales entre adultos con plena capacidad de determinación y menores en edades que rozan el umbral de los 13 años, integran ordinariamente abuso con prevalimiento dada la acusada desproporción o asimetría entre las respectivas capacidades intelectivas y volitivas que determinan una situación de inferioridad manifiesta de la menor, ello no debe conducir a automatismos en la aplicación del tipo previsto en el apartado 3 del art. 181 CP, requiriendo la configuración de la gravedad de la conducta el estudio **tanto de las circunstancias del hecho, como de la víctima y del propio acusado**. Habiendo sido consideradas circunstancias susceptibles de valoración, por ejemplo, *la entrega de regalos o dinero, o la existencia de relación familiar o de autoridad o similar*, requiriéndose en todo caso que *hayan sido aprovechadas por el autor para diluir la oposición inicial de la víctima* a la realización de actos sexuales.

La STS 507/2005 de 21 de abril nos dice:

Claro es que los jueces a quibus aprecian la palmaria diferencia de edad entre uno y otro, pero con cita de algunas de las resoluciones de este Tribunal Supremo adopta la doctrina de esta Sala de Casación, según la cual « no ha de tenerse en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino todas las circunstancias concurrentes y entre ellas, la personalidad del sujeto pasivo del delito y los elementos objetivos para aprovecharse sexualmente de la víctima, tales como la posición dominante del acusado en el contexto familiar (STS 28-11-2002); la diferencia de edad de 20 años entre el acusado y la víctima unidas a las relaciones de vecindad y amistad íntima entre aquél y los padres de ésta, así como de ésta con su propia hija y su influencia conociendo el carácter tímido e introvertido (STS 28-10-2002); la diferencia de edad de 69 y 14 años, significativamente acentuada por la situación de grave desamparo familiar que padecía la víctima (STS de 18-10-2002) o la diferencia de edad unida a la situación económica y abandono familiar de la víctima, conocidos y aprovechados por el acusado (STS de 8-3-2002)».

Y añade, sobre el elemento subjetivo,

a diferencia de las anteriores el consentimiento existe y se expresa, pero a partir de una voluntad alterada por el vicio originario de una previa situación de superioridad aprovechada por el agente que da lugar al llamado «abuso de prevalimiento» que merma el autodomínio de la víctima coartando de manera eficaz su libertad de decisión.

*La doctrina jurisprudencial ha subrayado que también en este último supuesto tipológico el hecho fundamental de que el bien jurídico protegido en el tipo es la libertad sexual, esto es, el derecho a determinar libremente la propia actividad sexual y la actividad sexual de otro sobre el propio cuerpo, ha sido subrayado con dos matices cuya importancia no puede ser desconocida: de un lado, se exige que la superioridad de que se prevale el sujeto activo sea «manifiesta», expresión que no se encontraba en el viejo artículo 434; de otro, se consigna la necesidad de que el **prevalimiento de la situación de necesidad «coarte la libertad de la víctima», con lo que se deja fuera del tipo toda conducta de esta naturaleza, realizada en el contexto de una situación objetiva que pudiera ser definida como de superioridad, si la misma no ha significado coerción para la libertad de determinación sexual de la víctima o, lo que es lo mismo, si dicha situación no ha generado vicio que haya condicionado seriamente su consentimiento**. De esta forma, se excluye la aplicación automática del tipo derivada de la mera existencia de una situación objetiva de superioridad, lo que no deja de estar justificado en una sociedad cuyos miembros, cualquiera que sea su sexo, han alcanzado de hecho un considerable grado de libertad para autodeterminarse sexualmente.*

La STS 1263/2006 de 22 de diciembre de 2006 nos dice al respecto de la modalidad de prevalimiento:

El tipo referido a la citada modalidad de prevalimiento exige, no solo la existencia de una situación de superioridad, sino que ésta sea manifiesta, es decir, evidente y clara, percibible objetivamente y no solo de forma



subjetiva por una de las partes, y además que haya coartado la libertad de la víctima, de manera que no basta con que concurra la situación de superioridad, sino que es preciso que de ella se derive un condicionamiento de la decisión del sujeto pasivo hasta el punto de poder afirmarse que no fue totalmente libre.

Desde el punto de vista del tipo subjetivo, es preciso que el autor perciba la situación de superioridad, lo que ocurrirá ordinariamente al ser manifiesta, y además que de ella se deriva la coerción sobre la libertad del sujeto pasivo.

*La diferencia evidente de edad, especialmente cuando el menor está muy cercano a los doce o trece años, ha sido valorada por la jurisprudencia como una situación que origina generalmente una superioridad de la que, de una u otra forma que debe aparecer en los hechos, puede aprovecharse el autor para lograr la no oposición del menor a la realización de actos de naturaleza sexual. **Pero es precisa además una coerción sobre la libertad de la víctima, por lo que se ha exigido que concurren otras circunstancias.***

Generalmente las circunstancias susceptibles de valoración vienen concretadas en un déficit en la formación de la personalidad del menor que lo hacen más vulnerable a la sugestión de terceros, habitualmente acompañada de la entrega de regalos o dinero, o bien en la existencia de una relación familiar o de autoridad o similar que se aprovecha por el autor para diluir la oposición inicial de la víctima a la realización de actos sexuales. Situaciones o relaciones que, como se ha dicho más arriba, deben ser percibidas y específicamente aprovechadas por el autor.

CUARTO.- Hecha aplicación de la anterior doctrina al caso de autos, ya hemos descartado de forma rotunda, al analizar la prueba practicada, que pueda hablarse de violencia o intimidación, ni tampoco de la supuesta utilización de los fotografías como mecanismo de presión, máxime cuando ni siquiera contamos con prueba fiable y suficiente sobre la realidad y contenido de esos sucesivos encuentros. Cuando la víctima habla incluso de un cuarto encuentro en el que "no sucede nada", echa pro tierra toda posible credibilidad sobre una situación de presión, sugestión o limitación de su voluntad. Ni la menor tenía déficit cognitivo alguno como nos explican los psicólogos, ni el acusado tenía sobre ella relación alguna que supusiera ascendencia o autoridad sobre su comportamiento, como la que se pudiera derivar del parentesco, amistad entre los miembros de la familia, profesor, tutor o persona a la que se hubiera confiado el cuidado del menor; tampoco existía entre víctima y acusado relación alguna de temor o respeto reverencial o dependencia laboral ni económica. La supuesta vulnerabilidad de que hablan los psicólogos en relación con experiencias en su época escolar no parece que fuera conocida ni aprovechada por el acusado, ni tampoco la existencia de problemas de relación familiar.

Sin duda estamos ante un caso complejo y límite. La diferencia de edad, la existencia de las fotografías y todo lo acontecido ha causado un grave impacto en la menor. El problema de la edad mínima de consentimiento está siendo arduamente discutido, y debe ser objeto de especial valoración cuando existe una disimetría. La Sala ha valorado con detalle el dato de la ingesta de una consumición alcohólica, único que puede darse por enteramente acreditado, y sumarse a la situación objetiva de la diferencia de edad, pero lo considera manifiestamente insuficiente, como para de ahí poder determinar la existencia de una merma de la capacidad de decisión de la menor que permita sostener la concurrencia de una situación de superioridad manifiesta determinante de la estimación de un delito de abuso sexual del que era acusado Romualdo .

QUINTO.- Las costas han de ser declaradas de oficio en los supuestos de absolución como establece el art. 240 de la LECrim.

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 absolver y **ABSOLVEMOS** al acusado en esta causa Romualdo de los delitos de agresión sexual y abuso sexual de los que era acusado, declarando de oficio las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe RECURSO DE CASACIÓN, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el 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.

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.-