

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2024**

Nº de Recurso: **9/2020**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª) Las Palmas de Gran Canaria Teléfono: 928 42 99 30

Fax: 928 42 97 76

Email: s01audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Procedimiento sumario ordinario Nº Rollo: 0000009/2020

NIG: 3500641220190000852

Resolución: Sentencia 000234/2024

Proc. origen: Procedimiento sumario ordinario Nº proc. origen: 0000439/2019-00 Jdo. origen: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Arucas

SENTENCIA

Ilmos Sres.-

PRESIDENTE:

Don Pedro Joaquín Herrera Puentes (Ponente)

MAGISTRADOS:

Don Francisco Luis Liñán Aguilera Don Secundino Alemán Almeida

En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, a 31 de Mayo de 2024

Vista en Juicio Oral y Público la causa nº 9/20, procedente del procedimiento tramitado por los cauces del Sumario Ordinario por el Juzgado de Instrucción Número Uno de los de Arucas (Gran Canaria), con el número 439/19, seguida por **DELITO CONTINUADO DE AGRESIÓN SEXUAL A PERSONA MENOR DE 16 AÑOS**, contra el **Acusado DON Pedro Francisco**, con dni NUM000, natural de Las Palmas de Gran Canaria y vecino de Las Palmas, nacido el 2 de marzo de 1975, representado por el Procurador Don Jonathan Suárez Álamo y defendido por el Abogadoi Don Manuel Ramón García Medina

Ha sido parte **Acusadora Pública EL MINISTERIO FISCAL** representado por Doña Paula Velasco Almendral y como **Acusadora Particular** interviene **DOÑA Edurne y DON Marcelino, progenitores del**

menor de edad Victor Manuel, (nacido el 25 de septiembre de 2009),

representados por la Procuradora Doña María Sonia Ortega Jiménez y asistidos por el Abogado Don David Sebastián García Formazyn.

Ha sido designado Magistrado Ponente Don Pedro Joaquín Herrera Puentes y ha actuado como Letrada de la Administración de Justicia Doña Carmen Rosa Puebla Soto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por esta Sección se registró y se formó el correspondiente rollo, confirmado el auto de conclusión de sumario se mandó abrir la fase de juicio oral, en la que tuvieron lugar las actuaciones correspondientes, especialmente se acordó lo procedente en cuanto a la prueba propuesta, quedando constancia de ello en el auto dictado al efecto, señalándose en el mismo día y hora para el inicio del juicio oral, el cual tuvo lugar finalmente en dos sesiones celebrada el día 20 de febrero y el 4 de marzo del del año en curso. En dicho acto

se practicó la prueba propuesta, incluida la reproducción la testifical preconstituida del menor que aparece como víctima, testifical de ambos progenitores y de una hermana de vínculo sencillo, la pericial de la psicóloga forense tras el examen previo al menor con carácter previo a la preconstituida, la pericial psicológica del menor sobre credibilidad tomando como referencia la testifical preconstituida y la pericial relativa al perfil psicológico del acusado emitida por las dos profesionales actuantes, sin olvidar la declaración de este último.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, eleva a definitivas sus conclusiones, y así considera que los hechos objeto de acusación son constitutivos del siguiente delito: Un delito continuado, (art. 74 del Código Penal) de agresión sexual a menor de 16 años, previsto y penado en los artículos 181.1, 4 y 5 e) del Cp del Código Penal, en su redacción dada por la LO 3/24, de 27 de abril.

Considera autor del delito mencionado, conforme a lo dispuesto en los arts 27 y 28 del C. Penal, al acusado Pedro Francisco, para quien solicita, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las siguientes penas:

-la pena de doce años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, (art. 55 del CP).

-Por aplicación de los arts 57.1 y 48.2. y 3 del CP, la prohibición de que el acusado se comunice por el medio que sea con el todavía menor de edad Victor Manuel durante un periodo del tiempo que dure la pena de prisión más cinco años, ni se aproxime al domicilio o cualquier otro sitio donde pueda estar el mismo durante ese mismo tiempo, debiendo mantener un mínimo de 1.000 metros de distancia.

-Inhabilitación especial durante el tiempo de duración de la pena de prisión más seis años para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad.

-Igualmente, y conforme al art. 192.1 del CP, se le imponga la medida de libertad vigilada, durante seis años.

Deberá indemnizar a la menor en la suma de 8.000 euros, cantidad que devengará el interés legal incrementado en dos puntos, conforme a lo dispuesto en el art. 576 de la LE Civil.

Todo ello, con imposición de las costas procesales

La Acusación Particular, en sus conclusiones definitivas, se adhiere a lo interesado por el Ministerio Fiscal, a excepción de la indemnización que interesa un principal de 20.000 euros.

TERCERO.- La Defensa del Procesado, en igual trámite, mostró su disconformidad con la calificación del Ministerio Fiscal y con la de la Acusación Particular, interesando se eleven a definitivas sus conclusiones provisionales de las que se deriva una solicitud de libre absolucón para su defendido.

CUARTO.- Después de conceder la última palabra al acusado, quedaron los autos vistos para sentencia, previa deliberación, votación y fallo, siendo ponente el Ilmo Sr. Don Pedro Joaquín Herrera Puentes, quien expresa el parecer de la Sala.

HECHOS PROBADOS

El menor Victor Manuel, nacido el pasado 25 de septiembre de 2009, es hijo de Edurne y Marcelino. Ambos progenitores se encuentran separados desde hace tiempo, compartiendo el citado menor estancia con la madre y con el padre, aunque ha venido pasando más tiempo con el segundo que con la primera.

La madre del citado menor ha mantenido una relación de pareja con el acusado Pedro Francisco, (nacido el 2 de marzo de 1975), la cual se ha proyectado en el tiempo desde el pasado año 2013 a mayo de 2019. Durante tal periodo de convivencia han vivido en la CALLE000 NUM003 de Arucas, (Gran Canaria), domicilio que han compartido con el menor Victor Manuel durante el tiempo que éste pasaba con tal progenitora, lo que derivó en una relación similar a la familiar, intermitente pero intensa, con el acusado.

Pedro Francisco, de profesión taxista y practicante de ritos de santería cubana, tomando como excusa esta segunda actividad, trasladó a Victor Manuel en dos ocasiones durante el mes de Agosto de 2017 a la dependencia que tenía habilitada en el domicilio para tal menester, sin que la madre del menor estuviese informada de la ejecución de ningún rito u obra, ni de esa situación.

La citada habitación tiene puerta de acceso pero no ventana, existiendo en su interior velas, imágenes y otros utensilios relacionados con el citado rito religioso.

El primer encuentro fue en un día indeterminado pero anterior al 30 de ese mes y año. Victor Manuel entró con Pedro Francisco en tal dependencia y, una vez allí, el segundo, aprovechando la confusión del primero y el ambiente de penumbra existente, se tumbó boca arriba, mientras le indicó al hijo de su pareja que se pusiera

de rodillas, para luego reclinar su cabeza y dirigirla hacia la zona donde tenía su pene al descubierto, todo ello con la finalidad de que el menor le hiciese una felación. Víctor Manuel sintió dentro de su boca el citado miembro corporal, tras lo cual el acusado cesó en su conducta al escuchar ruidos procedentes de otro lugar de la casa, ya que su pareja y madre del menor estaba en ese momento en otra dependencia de la casa ocupada con otras tareas.

El segundo tuvo lugar días después durante la tarde, no después de la 17:30, del día 30 de agosto de 2017. En ese concreto momento el acusado aprovechó que él y el menor se encontraban solos en la vivienda para acceder a esa habitación dedicada a la santería. La

situación y el ambiente guardaba total paralelismo con los antes descritos. Y así, Pedro Francisco, en posición similar a la antes referida y con su pene otra vez al descubierto, consiguió que Víctor Manuel le realizara una felación, para lo cual tuvo que guiarle, sujetando y dirigiendo la cabeza hacia su objetivo. Poco tiempo después, el menor se marchó de la casa con su padre, que había ido a buscarlo, y durante el trayecto en el coche le contó lo ocurrido esa tarde un poco antes.

El menor es retraído y parco en palabra, presenta bloqueos ocasionales, dispersión y distracción. Es desconfiado, se relaciona de manera introvertida y le falta energía emocional, aunque no presenta trastornos invalidantes ni se aprecia huella psíquica más allá de algún síntoma residual conectado con el retraimiento, miedo a la oscuridad y a quedarse solo,

No consta que el procesado tenga antecedentes penales, no habiendo estado privado de libertad por esta causa hasta ahora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuestiones preliminares (prueba denegada a la defensa y reproducción testifical preconstituida menor de edad)

PRIMERO.- Dentro de este primer apartado se han de analizar una serie de temas que se han planteado por la defensa en el inicio de la primera sesión del acto del juicio, los cuales se conectan entre si y afectan a lo siguiente:

1º.- No admisión de varias de las pruebas solicitadas en el auto dictado por esta Sala el 1 de septiembre de 2023. En concreto se refiere:

a) denegación a completar el informe psicológico forense de 4 agosto de 2020 acerca de la veracidad o credibilidad del testimonio del menor Víctor Manuel prestado en la testifical preconstituida celebrada el 7 de febrero de 2020. En tal sentido se interesaba determinada información y aportación de material y documentación#

b) denegación de la prueba pericial psicológica del citado menor, previo examen del mismo por las profesionales designadas por la defensa, con el fin de concretar su personalidad y perfil psicológico, así como determinar la credibilidad o veracidad de su testimonio#

c) denegación de la prueba solicitada consistente en la petición del historial médico del menor al equipo de salud mental de Bañaderos y del expediente académico a partir de NUM004 del colegio en el que haya estado matriculado# y

d) denegación de la solicitud de testimonio de todo lo actuado en las diligencias previas 487/2019 seguidas en el juzgado Número Dos de los de Arucas conectadas con la ruptura de la pareja formada por el acusado y la madre del menor y problemas existentes entre ellos.

2º.- No considerarse oportuna una nueva declaración del menor en sede judicial durante la celebración del juicio, estimándose a tal fin la suficiencia de la reproducción de la grabación de la imagen y del sonido de testifical preconstituida celebrada, con la intervención de expertas, el 7 de febrero de 2020.

SEGUNDO.- Entrando en el primer bloque de temas, se va a analizar en principio conjuntamente los dos primeros apartados y para ello se va a partir de lo acaecido durante la fase de instrucción dentro del sumario en cuanto a:

-La participación e intervención de expertas, (psicólogas forenses), en relación al examen previo del menor, (31 de octubre de 2019) a los efectos de regular la ejecución de la prueba testifical preconstituida (informe emitido el 13 de noviembre de 2019)# intervención directa y presencial en la práctica de esa prueba (7 de febrero de 2020) y emisión del informe pericial psicológico sobre la veracidad del testimonio del menor conforme al

resultado de la anterior prueba (4 de agosto de 2020). No debe obviarse, que esta última diligencia pericial se hizo a instancia judicial y en virtud de lo acordado en proveído dictado el 21 de febrero de 2020.

-La petición de la defensa formulada el 14 de febrero de 2020, (una semana después de la práctica de la prueba testifical preconstituida) para que por profesionales por dicha parte designados se realizase pericial en la que se proceda, previo examen y valoración del menor, a concretar su personalidad y perfil psicológico y a determinar si su testimonio es creíble o no. Esta petición se deniega por proveído de 20 de febrero de 2020, siendo recurrida sin éxito en reforma y en apelación, correspondiendo a la Sección Segunda de esta Audiencia la resolución del segundo recurso, (auto de 13 de noviembre de 2020) que no rectifica lo dicho por el juzgado de instrucción.

Por otro lado, y una vez aportado el informe psicológico forense sobre la veracidad del menor (4 de agosto de 2020) se solicitó por la defensa su complemento, lo cual fue denegado en instrucción (ver auto de 13 de abril de 2021), decisión posteriormente ratificada por la Sección segunda de esta Audiencia, (auto de 28 de octubre de 2021).

Sentado lo anterior, es de resaltar que el menor Victor Manuel, nacido el 25 de septiembre de 2009, ha sido examinado durante la instrucción de la causa en dos ocasiones: a) una primera por las psicólogas forenses adscritas al Juzgado, (equipo técnico técnico judicial) antes de la la practica de la prueba testifical preconstituida# y b) otra vez, durante el desarrollo el 7 de febrero de 2020 de dicha prueba en la Sala Gesell, estando con él las dos psicólogas forenses (en esta ocasión una repetía y otra era profesional diferente). Y es a partir de entonces cuando se produce en fase de instrucción esas decisiones judiciales de la que deriva el cuestionamiento que ahora hace la defensa.

Para una mejor comprensión de lo sucedido y de sus consecuencias, hay que partir de la valoración profesional que, previo examen, se hace del menor con el fin de determinar su perfil psicológico a los efectos de delimitar como se ha de afrontar la práctica de una prueba testifical preconstituida. Ese examen del menor se llevó a cabo cuando contaba con 10 años de edad, (los cumplió el 25 de septiembre de 2019 y se hizo el 31 de Octubre de ese año) y resultaba imprescindible saber cual era en ese preciso instante su perfil a los efectos de tratarlo y de actuar. No se debe olvidar que los hechos se denunciaron el 13 de mayo de 2019 y su comisión se sitúa en el mes de agosto de 2017, cuando el menor no había cumplido aún los 8 años. Ese previo acercamiento e informe que deriva del mismo (13 de noviembre de 2019) era necesario y de gran utilidad, como luego quedará revelado al practicarse la prueba testifical preconstituida, pues nos dio a entender las características propias de su personalidad y como debía formalizarse la debida atención que el menor merecía para tratar de evitar o de limitar los negativos efectos que pudieran derivar de una posible victimización secundaria o revictimización. Finalmente, indicar que la prueba en cuestión se hace el 7 de febrero de 2020

con la ayuda de dos expertas, (psicólogas forenses) que están en la dependencia con el menor# si bien, se cuenta con el auxilio de los medios técnicos audiovisuales para que en otra sala anexa sea visionada tal intervención y seguida tal actuación por la jueza instructora, por el acusado y su defensa y por las acusaciones, garantizándose en todo momento no solo su correcta proyección y ejecución, sino también el cumplimiento de la necesaria contradicción.

Así pues, en el presente caso dada la edad del menor y su perfil psicológico ha quedado justificada la existencia de una necesidad que conduce a actuar de la forma que se ha hecho. Todo ello, con la finalidad de que la actuación judicial que nos ocupa no perdiese de referencia el buen trato que merece una persona cuya vulnerabilidad resulta claramente constatada. Se ha de actuar y velar para que el menor no sufra consecuencias no deseadas, las cuales, de darse, bien podrían repercutir en su delicado y frágil estado emocional dada su temprana edad.

Llegados a este punto, se ha de continuar con el devenir lo ocurrido en la fase de instrucción después de la práctica de la testifical preconstituida del menor. Y así, hay que fijarse en el proveído de 20 de febrero de 2020 por el que se rechaza la petición de la defensa de hacer, a instancia de tal parte y por profesionales por ella designadas, un informe pericial, previo examen y valoración del menor, acerca de su perfil psicológico y de la veracidad del testimonio, (ese rechazo fue luego confirmado por la Sección Segunda de esta Audiencia por auto de 13 de noviembre de 2020). Y también en el otro proveído de 21 de febrero de 2020 por el que se acuerda, a instancia judicial, un informe técnico a elaborar por las psicólogas forenses adscritas acerca de la veracidad del testimonio del menor, tomando como referencia la prueba testifical preconstituida y sin que se acuerde ningún nuevo examen del menor. Esta decisión dio lugar al informe presentado el 4 de agosto de 2020, sobre el que luego la defensa pide un complemento de información y de aportación documental, lo cual se rechaza en la instancia y después y por la Sección Segunda de esta Audiencia, (auto 28 de octubre de 2021).

Dicho lo anterior, no se debe perder de vista que el tratamiento de la veracidad o credibilidad del testimonio, tal y como se deriva de la STS 370/2018, de 19 de julio, afecta a un un extremo, tanto si es relativo a las personas

mayores de edad como a las menores, que corresponde valorar al tribunal que lo enjuiciará conforme a su apreciación inmediata y demás circunstancias concurrentes. Apuntando dicha sentencia que lo importante es la valoración racional que se haga de ese testimonio en conjunción con el resto de la prueba, significando que las periciales sobre ese extremo no son auténticas pruebas periciales sino instrumentos destinados a proporcionar al tribunal criterios de valoración de la prueba, los cuales incluso pueden ser tenidos como innecesarios si el tribunal así lo estima, a la vista del testimonio oído y de la ausencia de móviles que hayan podido haber influido en el mismo. En definitiva, y como nos recuerda la STS 461/2020, de 17 de septiembre, con remisión a las SSTS 468/2019, de 14 de octubre y 179/2014, de 6 de marzo, *el análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre el comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusados, sin delegar esta misión en manos de terceros.*

Conforme a lo expuesto, es de indicar que, una vez que fue examinado el menor por las expertas antes de la preconstituida, esa prueba pericial acerca de la veracidad del testimonio del menor no resultaba necesaria, más aún, cuando para ello se remite al resultado de la testifical practicada el 7 de febrero de 2020 y no se destacaba dato relevante de la personalidad del menor que justificase tal actuación. Como es sabido, su perfil psicológico fue previamente delimitado por las psicólogas forenses que lo examinaron, sin que de su resultado se derive dato relevante, más allá de lo relativo al elevado grado de ansiedad que presentaba el menor y que se ha venido prolongando en el tiempo desde sus cinco años, momento anterior al que se sitúan los hechos denunciados, haciendo alusión a una antigua intervención psicológica a la que no se le dio mayor trascendencia. Se destacaba también los bloqueos ocasionales que sufría el menor, el apoyo que buscaba en sus progenitores, su dispersión, desmotivación, distracción y falta de espontaneidad, como también se ponía de relieve su capacidad de juicio y raciocinio, (a pesar de que sus habilidades lingüísticas y de atención se definían como limitadas), su orientación espacial y temporal, su capacidad para diferenciar lo vivido de lo imaginado y la ausencia de trastornos invalidantes. Por tanto, este reguero de circunstancias ha de ser suficiente para hacerse una clara idea de la personalidad del menor y, partiendo de ese resultado, poder analizar y valorar su testimonio a través del visionado y escucha de la grabación.

Todo ello, nos lleva a concluir que corresponde a los integrantes del Tribunal y no a terceros profesionales, adscritos al juzgado o propuestos por parte procesal, el deber de hacer la oportuna valoración acerca de la consistencia, solidez y veracidad del testimonio del menor en cuestión, analizando el mismo, (en este caso mediante el examen, observación y escucha de la prueba preconstituida, como luego se verá), en conjunción con el resultado del resto de la prueba practicada. Sobra por tanto la encomienda de la pericial judicial hecha vía proveído de 21 de febrero de 2020 y está por otro lado justificado el rechazo de la prueba propuesta por la defensa el 14 de enero de 2020 y denegada en principio por el proveído de 20 de febrero de 2020, indicando que tampoco se aporta dato concreto por el que se considere preciso una nueva valoración de la personalidad del menor# sin que tampoco proceda ningún complemento de información ni aportación de documental.

Lo hasta aquí referido, determina igualmente que no se considere necesaria ni de utilidad el resto de prueba documental que postula y quiere hacer valer la defensa. Pretende recabar de un centro de salud un historial médico relativo a la salud mental del menor, cuya existencia ni siquiera justifica, sin que tampoco se aporte dato relevante a tal fin, más allá de la posibilidad incierta que pudiera tener dicha documentación en la determinación de una presunta huella psicológica. Lo referido es trasladable a la solicitud del expediente académico del menor a partir del año 2016, (se entiende que se refiere al curso 2016-2017), pues tampoco se da una razón de como podría incidir el mero y formal análisis del resultado de esa petición evolutiva en la concreción de la indicada huella. Se concluye este apartado resaltando que hay que diferenciar lo que es un perfil psicológico y lo que es una huella psicológica: el primero se refiere a un análisis en abstracto de la personalidad y la segunda a la marca o secuela emocional que un concreto incidente vital ha dejado en esa personalidad.

Y para terminar, aludir a la también denegada petición del testimonio de un expediente judicial seguido en el Juzgado Número dos de Arucas y que se dice se incoó debido a problemas personales entre el acusado y la madre del menor. En relación a este punto, resaltar que el peticionario, involucrado en el citado expediente como por el mismo se indica, no da razón alguna de la existencia de una causa que le haya impedido solicitar tal testimonio, sin que tampoco refiera ninguna causa que le haya imposibilitado su gestión directa.

TERCERO.- Pasando al segundo bloque sobre él que ya se han dejado marcados algunos claros apuntes sobre la decisión judicial a tomar, es de resaltar la situación de vulnerabilidad del menor y lo desfavorable que es para su delicada estabilidad emocional someterlo a una nueva declaración judicial.

A tal fin, resultan relevantes los siguientes datos temporales: a) los hechos se sitúan en agosto de 2017, (el menor tenía siete años y estaba a punto de cumplir los ocho años)# b) la prueba testifical preconstituida se

llevó a cabo el pasado 7 de febrero de 2020, previo examen del menor el 31 de octubre de 2019, (en esos dos momentos contaba ya con diez años)# c) la denegación de la intervención del menor en juicio se acuerda el 1 de septiembre de 2019, (aún no había cumplido los 14 años)# y d) el juicio se celebró en dos sesiones entre febrero y marzo de 2024, (el menor ya tenía 14 años cumplidos). Es de observar que entre la primera y la última fechas indicadas han pasado casi seis años y ese espacio temporal en una vida de 14 años es muy significativo.

Por otro lado, no se debe perder de vista que la testifical preconstituida se hizo teniendo presente la edad, (10 años) y personalidad del menor, para lo cual fue previamente examinado por las psicólogas forenses. Además, no se debe obviar que, aunque se practicó antes de la reforma operada por LO 8/21, cumplía con las exigencias que hoy precisa el art. 449 ter de la LE Criminal para hacerla obligatoria. Pero es más, tal prueba se hizo garantizando la contradicción y asegurando que la calidad de la grabación de la imagen y el sonido fuesen las óptimas, tal y como hoy exige el reformado art. 449 bis LE Criminal.

Dicho lo cual, cuando se procede al señalamiento del juicio, ya entrada en vigor la reforma legal aludida, el menor aún no cuenta con 14 años, lo que conduce a este Tribunal a soslayar esa petición de la defensa del acusado de una nueva declaración judicial del menor en juicio y a que se opte por acordar en su lugar la reproducción en el juicio de la testifical preconstituida. La razón de tal decisión judicial estriba en el cumplimiento de las exigencias legales referidas y conjugación con el paso del tiempo y con la necesidad de evitar la exposición del menor a factores que puedan trasladarlo a un pasado no deseado, así como a las negativas reacciones emocionales que esta tardía y nueva exposición judicial podría ocasionarle. Por todo ello, se prescinde de su presencia en juicio y se opta por la reproducción de la grabación de la prueba preconstituida, prueba que todas las partes procesales y los integrantes del Tribunal han tenido la posibilidad de visualizar y escuchar en el acto de juicio.

En apoyo de esta decisión se trae también a colación lo dispuesto en el art. 26 del Estatuto de la Víctima, (reformado por la LO 10/22), en el que se señala que en el caso de víctimas menores de edad, (sin hacer distinción de edad) y víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, se adoptarán, de acuerdo con la LE Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar la revictimización, entre las que se incluye que durante la

investigación sus declaraciones se graben por medios audiovisuales para su posterior reproducción en juicio.

Existe por tanto en el presente caso una necesidad de justicia procedimental de cara al menor, por lo que durante el transcurso de este proceso, como ya se ha dicho, ha de presidir el buen trato y el buen hacer en todo lo concerniente a él. Es un menor que puede estar inmerso en una vivencia traumática y, lo mismo que se presume la inocencia para el acusado, se ha de presumir respecto a él la condición de víctima vulnerable, sin perjuicio de lo que finalmente resulte. En apoyo de esto se trae a colación la reciente STS 281/2024, de 21 de marzo, en la que se mantiene la validez de la prueba testifical preconstituida, sin que sea necesaria nueva declaración judicial cuando se han cumplido las exigencias legales expuestas, (la menor en el caso analizado por la sentencia del TS había alcanzado la mayoría de edad, aunque también padecía una discapacidad intelectual leve).

Para completar la argumentación de nuestra decisión judicial de no acceder a nueva declaración del menor, se extrae del texto del fundamento tercero de la STS 281/2024 lo que sigue:

... Ahora bien, el art. 703 bis LECrim, introducido por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, establece una excepción al principio general de que todas las pruebas deben practicarse en el acto del juicio oral y en presencia del acusado.

Dispone este artículo:

"Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista.

En los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad.

En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes".

Los supuestos previstos en el art. 449 ter, que son los que ahora nos interesan, se refieren a "una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección".

Este artículo, como decíamos, supone una excepción al principio general de que todas las pruebas deben practicarse en el acto del juicio oral y en presencia del acusado con el fin de que puedan ser confrontadas.

Existe sin embargo una excepción a la excepción: cuando la declaración sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria por el órgano de enjuiciamiento en resolución motivada, o cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes.

Este precepto es acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha declarado que no es contrario al art. 6 del Convenio la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, siempre que a la persona acusada se le dé la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento.

Deberá por tanto, en todo caso, respetarse siempre la esencia del principio de contradicción. Igualmente deberá procederse a la visualización de la grabación realizada en la fase de instrucción por medios audiovisuales (art. 433 LECrim), de conformidad con el artículo 730.2 LECrim.

Estas consideraciones son reiteradas tanto por el TEDH (STEDH 19 de febrero de 2013 (caso Gani contra España)# STEDH 12 de mayo de 2016 (asunto Polentan y Azirovik c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia), como esta Sala (SSTS 558/2023, de 6 de julio# 881/2022, de 8 de noviembre# 886/2022, de 10 de noviembre # 482/2022, de 18 de mayo# 465/2022, de 12 de mayo, 579/2019, de 26 de noviembre# 132/2018, de 20 de marzo).

En nuestro caso, no hay duda de que la prueba preconstituida reunía todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis LECrim. Ello, además, no ha sido cuestionado por las partes

Como sostiene el recurrente, nos encontramos ante una persona mayor de edad en el momento de la celebración del juicio oral. Pero esta circunstancia por sí sola no puede determinar, sin más consideración, que aquella deba prestar declaración en el plenario.

Valoración de la prueba

CUARTO.- Como suele ser habitual en la mayoría de los juicios por delitos contra la libertad sexual los problemas probatorios que se suscitan en estos casos derivan en gran medida de que la prueba de cargo se sustenta fundamentalmente en la declaración de las víctimas, cuyas declaraciones suelen ser negadas o contradichas por el acusado, tal y como ocurre en este caso. Ello es la razón por la que la Sala ha de valorar si en cada caso concreto hay prueba suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia que ampara al encausado y que permita, sin lugar a dudas, considerarlo autor, teniendo en cuenta que en estos tipos delictivos en muchas ocasiones no hay más prueba directa y esencial que tales declaraciones.

A tal efecto, conviene hacer mención a la STS 957/2016 que señala lo que sigue:

" La declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional (STS 210/2014, de 14 de marzo, cuya estructura y fundamentación seguimos, y las que allí se citan), puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada.

Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional, (SSTC 229/1.991, de 28-11,

64/1.994, de 28-02, y 195/2.002, de 28-10), como esta misma Sala (SSTS 339/2007, de 2004, y 469/2013, de 5-06).

La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, (...).

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testimonial de la víctima, el Tribunal Supremo, (...), viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. Es claro que estos parámetros de valoración

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

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado cuando carece de elementos de corroboración, pues se trata de una declaración que carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

De manera complementaria en las SSTS 653/2016, de 13-07 y 803/2015, de 9-12, calificábamos a **este triple test, como 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. Es posible que no se confiera capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su identificación en una rueda v.gr.), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se detecta ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad# y, según los casos, también es imaginable una sentencia condenatoria basada esencialmente en la declaración de la víctima ayuna de elementos corroboradores de cierta calidad, fluctuante por alteraciones en las sucesivas declaraciones# y protagonizada por quien albergaba animadversión frente al acusado. Si el Tribunal analiza cada uno de esos datos y justifica por qué, pese a ellos, no subsisten dudas sobre la realidad de los hechos y su autoría, la condena será legítima constitucionalmente. Aunque no es frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor.

De similar manera en la STS 891/2014, de 23-12, con cita de la 1168/2001, de 15-06, 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, (art. 741) y ha de ser racional (art. 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 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.

En el mismo sentido que el expuesto, pero de forma muy esquemática, la STS 172/2017, de 21 de marzo de 2017, resalta en su fundamento de derecho segundo los parámetros referidos:

A) ausencia de incredibilidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento,

enfrentamiento o venganza. B) Verosimilitud que se da cuando las corroboraciones periféricas abonan por la realidad del hecho. C) Persistencia y firmeza del testimonio.

Por tanto, es de resaltar que la verosimilitud del testimonio es fruto de la lógica secuencial de la narración, de lo sentido y padecido.

A este respecto, conviene traer a colación la STS de 13 de junio de 2018 (pte Excmo Sr. D. Vicente Magro Servet), la cual, en un supuesto de violencia de género señala lo que sigue: . "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 solo 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.(...) 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."

Y la STS 294/2021, de 8 de abril, en su fundamento primero, y apoyándose en la STS 69/2020, de 24 de Febrero, nos recuerda que **el clásico axioma testis unus testis nullus fue felizmente erradicado del moderno proceso**

penal. Resaltando a su vez que ese abandono no acarrea ni una relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni una debilitación del in dubio. Es secuela y consecuencia de la inconveniencia de encorsetar la valoración de la probatoria en rígidos moldes legales distintos de las máximas de experiencia y reglas de la

lógica. El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima en su caso, es compatible con la presunción de inocencia... la testifical de la víctima, así pues, puede ser prueba suficiente para condenar. Pero es exigible una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras

En definitiva, no se trata de que, por ser víctimas, su credibilidad como testigos deba ser mayor, sino que tal condición excluye la mediación que la interpretación y percepción opera entre los hechos y el testigo que simplemente los presencia. Lo que se ve y se oye esta sujeto siempre a los condicionantes de nuestras propias interpretaciones y los derivados de la circunstancias externas, por ejemplo la distancia frente a lo observado, las condiciones de visibilidad y audición etc. Tales condicionantes no se dan en la testigo víctima que, no solo presencia lo que ocurre, sino que lo vive en propia persona, lo que minimiza los errores o confusiones en los que, con mayor frecuencia, puede incurrir el testigo externo. No obstante, en el caso que nos ocupa no se debe olvidar que el testigo víctima es menor de edad y que los hechos que se enjuician se sitúan en agosto de 2017 cuando aún no había cumplido los ocho años de edad, los cumplía poco después, que la denuncia se formula en mayo de 2019 cuando contaba con nueve años de edad y que la testifical preconstituida tiene lugar el 7 de febrero de 2020 cuando ya contaba con 10 años.

QUINTO.- El primer parámetro de valoración es la credibilidad subjetiva del testimonio, (o ausencia de incredibilidad subjetiva, en la terminología tradicional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo).

La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo, (discapacidades sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan. O de la existencia 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).

En este aspecto, no se ha constatado que padeciera discapacidad física o psíquica que haya podido afectar a su testimonio, en el informe que resulta del examen del menor previo a la testifical preconstituida que le hicieron las psicólogas forenses, se destaca la ausencia de trastornos invalidantes y se constata que el menor presentaba un elevado grado de ansiedad con prolongación en el tiempo desde los cinco años de edad. Además, su perfil psicológico se caracterizaba en ese momento por lo ya comentado, es decir, por su dispersión, desmotivación, distracción y falta de espontaneidad, caracteres que tienen su correspondencia con su todavía edad infantil. Si bien, y como se ha observado durante la reproducción de la prueba testifical preconstituida, el menor, aunque relata con simplicidad, sin expresividad y sin reflejo emocional, lo hace con claridad y suficiencia y, a pesar de su retraimiento, da muestras de comprender y saber lo que está diciendo, lo cual además contextualiza y ubica tanto desde el punto de vista espacial como temporal, con las dificultades lógicas del paso del tiempo y de la edad que tiene, (los hechos a los que alude ocurren dos años y medio antes de su testimonio). Es de resaltar que hace una concreta ubicación de los hechos en la dependencia o habitación en la que el acusado hacía sus prácticas de santería, a tal fin refiere la existencia de velas e imágenes relacionadas con tal rito religioso, y también hace una indicación relativa a

la inexistencia de ventana en tal lugar. Todos estos datos son acordes y se corresponden con los allí existentes, lo que no está tan claro es la referencia al mobiliario y alusión que hace a la existencia de un sillón y de colchón. Es de observar que al principio el menor hace un relato abierto y luego da respuesta a las preguntas que le hacen las psicólogas que intervienen en la práctica de la preconstituida, quienes además se hacen eco de las cuestiones que le hacen llegar la jueza de instrucción, la fiscal y el abogado de la defensa, que es el mismo que defiende al acusado en el juicio.

Referido lo anterior, este Tribunal Colegiado es consciente que para analizar la coherencia del menor en sus manifestaciones se ha de partir de lo antes contextualizado. Y de la dificultad añadida que siempre existe en supuestos como el presente para concretar fechas con precisión y especificar detalles. Es prácticamente imposible para el menor ser exhaustivo y descriptivo. Igualmente, no hay que olvidar que lo narrado por el menor se encuadra también dentro de un contexto de convivencia familiar muy cercano, asumiendo su causante un rol equivalente al de un familiar muy cercano y próximo. En tal sentido, se ha pronunciado la STS 210/2014, de 14 de Marzo, que dice: *cuando se trata de abusos continuados sobre menores por parte de sus progenitores, (también cabe incluir a quienes asumen en un núcleo convivencial estrecho un rol cercano o similar), resulta en muchas ocasiones imposible de identificar las fechas, las ocasiones y el número de acciones abusivas cometidas, pues la actuación abusiva es reiterada y comienza en temprana edad...*

Y dicho lo cual, no deja de ser cierto que el testimonio dado por el menor es suficientemente descriptivo y su relato, aunque con alguna imprecisión, resulta congruente y ordenado. En el testimonio por él prestado su relato fluye sin presión alguna y de manera natural y ha estado firme y contundente. De tal relato se resalta lo que sigue: el menor apunta en su declaración que la habitación estaba oscuras, aunque al principio existía claridad fruto de la luz de las velas que luego se apagaron. Alude a que la situación se repitió dos veces y que después de la segunda vez se lo contó a su padre. No hace referencia en su testimonio a la existencia de un palo con miel, sino que refiere que es posible que le introdujese primero en la boca un dedo de la mano untado con miel o algo dulce. Igualmente menciona que le tapaba momentáneamente la la boca y la nariz. Las dos veces a las que se refiere son próximas en el tiempo, en la misma dependencia y relata una misma o muy similar dinámica comisiva. En la primera dice que su madre está por la casa pero en otra dependencia, la ubica en la azotea, y en la segunda su madre está fuera dice que en la peluquería, aunque en realidad había salido a hacerse un tatuaje, (como ella misma comenta en su declaración). Y finalmente, en cuanto a la mecánica comisiva indica que el acusado se baja los pantalones, deja su pene al descubierto y se postra en el colchón, (aunque bien podía haber sido suelo o en una manta o utensilio similar), que el se pone de rodillas, que reclina el cuello y su cabeza es aproximada al pene del acusado, el cual es introducido en su boca, indicando que era blando y duro y que en la primera ocasión paró el acusado al escuchar a ruido. Refiere que antes de introducirle el pene, le metió primero un dedo en la boca

En definitiva, y como está Sala tuvo oportunidad de señalar en unos supuestos enjuiciados anteriormente y que tienen cierto paralelismo con el que ahora nos ocupa, (Sumarios que se

corresponden con los Rollos 87/2014, 58/2016, 31/2019, 107/2019 y 59/2023), lo destacable es que el laconismo del menor, tampoco extremo en este caso, no compromete seriamente su fiabilidad porque no viene acompañado de contradicciones ni de ambigüedades significativas. Se limita a narrar sin vacilaciones ni desmentidos, de suerte que su relato resulta creíble. El menor narra la negativa experiencia sufrida con la pareja de su madre e indica como se produce esa reiterada actuación revestida de un marcado significado sexual (felación hecha al acusado en dos ocasiones). Y su relato pone de manifiesto como el acusado se aprovecha de dos concretos momentos y de la confianza del menor para proceder.

Por otro lado, no existe constancia alguna de que el menor se haya visto forzado a contar tal historia, todo lo contrario es él quien de manera espontánea se lo cuenta a su padre cuando va a recogerlo la tarde en la que se produjo la segunda actuación. Tampoco consta que el menor haya actuado influenciado por su madre, ni por ningún otro familiar, ni que por tanto su actuación venga motivada por una finalidad interesada urdida por tercera persona con el fin de perjudicar al acusado. Ciertamente que la primera vez que el menor lo contó fue el 30 de agosto de 2017 y que en ese momento finalmente no se denunció. Pero el hecho de que la denuncia se haya formulado posteriormente, casi dos años después, no supone que ello haya sido debido a la mala relación que en esta fecha existía entre el acusado y la madre del menor, sino que ha sido por otra circunstancia que ha servido en principio para avalar lo comentado por el menor a su padre y luego para reforzar su testimonio. Esa circunstancia se corresponde con el relato que tiempo después hizo una hermana mayor de edad a la madre común de ambos y que está conectado con una obra de santería que proyectó sobre ella el acusado en dos momentos diferentes. No queda constancia, por tanto, que el relato del menor este conducido y dirigido por indicaciones de terceros, ni cabe englobarlo dentro de una actuación de venganza o de despecho urdida contra el acusado por su pareja con el fin de conseguir ventajas personales y/o patrimoniales.

Por consiguiente, la conclusión que se alcanza es que el relato de la menor tiene en principio fuerza suficiente para ser considerado fiable y para considerar que lo narrado es perfectamente plausible o admisible, sin que esté contaminado por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pudiera haber existido enturbiado su credibilidad. El fundamento de este criterio responde a que cuando se hace una imputación, y no cabe atisbar racionalmente motivo alguno que pueda justificar esa espuria intención, (no existe base probatoria alguna para determinar la concurrencia de tales fraudulentas motivaciones), un simple razonamiento de sentido común puede llevarnos a la conclusión de que se formula la denuncia simplemente porque puede ser verdad. Cuando pueda 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 de otros elementos más consistentes para su corroboración.

En base a lo que antecede, se entiende que no existen motivos que inhabiliten o debiliten la credibilidad interna o subjetiva del testimonio del menor y no hay motivos para entender que lo relatado no refleje una situación acorde con lo vivido.

SEXTO.- El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas

jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa)."

La verosimilitud del testimonio del menor es fruto de la lógica secuencial de la narración, de lo sentido y padecido. Así, cuando describe su reacción frente a lo sucedido se revela, como ya se puso de relieve, un grado de congruencia y suficiencia en el relato de los hechos propio de quienes han venido experimentando una vivencia sexual en una edad temprana que le dificulta notablemente su entendimiento y comprensión. Por tal motivo cuando da sus explicaciones y hace las oportunas descripciones, lo hace lo mejor que puede, conforme a lo que recuerda y es capaz de exteriorizar.

Esa coherencia interna a veces es posible complementarla a través de datos periféricos que derivan de la corroboración secundaria que ofrecen las declaraciones de los testigos, que si bien cuentan algún hecho referencial, lo esencial de sus testimonios son los datos fácticos que aportan y que sirven para refrendar la solvencia de lo dicho por la menor. Es de resaltar que estos datos accesorios y complementarios unas veces son fruto de su propia y directa percepción y otra fruto de lo que le ha contado quien ha sufrido la vivencia. En este caso, se cuenta con tres testigos relevantes que se corresponden con el padre, con la madre y hermana mayor de edad de vínculo sencillo del menor. Ciertamente ninguno de ellos pudo observar la negativa vivencia sufrida por el menor, pero sí que pueden aportar datos que ayudan a reforzar el relato del menor y su credibilidad.

Respecto al testimonio prestado por el padre, es de resaltar que fue a él a quien primero le comenta el menor lo que le había pasado en la habitación dedicada a la santería cubana la tarde del 30 de agosto de 2017. Lo hizo de manera inmediata cuando el padre fue a recogerlo esa tarde a la casa de Arucas y marchaban ambos juntos en el coche, lógicamente después de ese comentario el padre se puso nervioso y fue en busca de la madre a pedirle explicaciones de lo ocurrido, la madre quedó impactada y hablaron con el acusado, quien lo negó. En ese momento no llegaron a denunciar, si bien esa decisión fue fruto de la confusión generada y de las dudas que en principio pudieron surgir. El padre ha manifestado que también fue consecuencia de no sentirse apoyado. Pero ya cuando más tarde en mayo de 2019 se enteró de lo que Angelina, hermana de vínculo de sencillo, le contó a la madre de ella y del menor, no dudó y fue con esta última a presentar denuncia el día 13 de ese mes y año. El menor después de haberle contado esa terrible experiencia no quería estar con Pedro Francisco y lloraba, notó un total rechazo hacia el acusado. El padre era conocedor de que este último practicaba la santería y también de que la madre de su hijo mantenía en la fecha de la denuncia una mala relación con su pareja, a quien había denunciado por malos tratos.

En cuanto a lo dicho por la madre se destaca que la relación de ella con el acusado se prolongó en el tiempo desde el año 2013 al 2019 y que Victor Manuel empezó a convivir con ellos cuando tenía cuatro años. Era una convivencia intermitente, pues vivía con su padre y pasaba también tiempo con ella y su pareja. Se enteró de lo ocurrido el 30 de agosto de 2017 por lo que le dijo el padre del niño, fue un momento de descontrol, nerviosismo y confusión. En ese instante fue cuando Pedro Francisco le dijo que le había hecho al menor una "obra" de santería, le hizo alusión a que le metió en la boca miel con los dedos y a que rezaban con la cabeza para atrás. En ese momento, no denunciaron pero recuerda que su pareja estaba muy nervioso y "desalado" y que el menor empezó a estar más retraído y aislado, no quería quedarse en casa

con Pedro Francisco y lloraba. Fue ya en mayo de 2019, cuando ella le contó a su hija Angelina que su relación con Pedro Francisco era tormentosa y esta última le dijo que dormía con el diablo, para a continuación contarle lo que con ella había hecho, también en agosto de 2017, con la excusa de ejecutar otra "obra" de santería, le habló de como aprovechó esa ocasión para introducirle, cuando tenía los ojos tapados, el pene en su boca y eyacular. Esto último, fue lo que motivó la denuncia.

Es de significar que el padre de Victor Manuel dice que éste le habló también de un palo con miel, al que también alude el acusado cuando habla del ritual de santería que hace con el menor, pero la madre y el menor se refieren al dedo de una mano untado con miel. Este hecho, aunque diferencial no desconecta ni resta solvencia al relato del menor, pues sea una cosa u otra es compatible con la introducción posterior del pene del acusado en la boca del menor. Como tampoco afecta a la veracidad del relato el hecho de que el menor manifestase que en la habitación había un sillón y un colchón y la madre diga que en esa habitación no había mobiliario. La descripción del menor es muy gráfica: el acusado se bajó los pantalones y se tumbó boca arriba y cuando Victor Manuel estaba de rodillas dirige su cabeza reclinada al pene descubierto. Es también significativo que tales hechos se sitúen en la habitación donde había velas e imágenes relativas a la santería cubana y que no hubiese ventana en la misma, lo cual pone de relieve la falta de luz natural y la posibilidad de quedarse en penumbra cuando no se usase la luz artificial. Además, en las dos ocasiones que menciona el menor se da la circunstancia de que la madre estaba atendiendo otros menesteres, bien fuese en otra dependencia de la casa o bien fuera de ella, llamando la atención que su pareja no le hubiese comentado nada acerca de ese presunto ritual de santería que pretendía ejecutar a su hijo menor.

Es muy destacable el testimonio de la hermana de vínculo sencillo del menor. Ella como testigo nos dice que convivió también con su madre y Pedro Francisco y que, cuando ella era ya mayor de edad y en fecha próxima a la que ubica Victor Manuel los hechos, tuvo una mala vivencia con el acusado como consecuencia de la ejecución y continuación de “una obra” de santería, durante la cual tuvo una experiencia sexual no consentida, consistente en la introducción de su pene en su boca, cuando ella tenía los ojos tapados, para terminar eyaculando dentro. Esa obra, al menos en parte y en día diferenciado, se llevó a cabo en un dúplex de Pedro Francisco, estando allí los dos solos, utilizando utensilios de santería y recuerda algo relacionado con el uso de un pollo (puede ser un gallo) y que tenía miel en el pene. Ella nunca había dicho nada de tal episodio de santería dividido en dos actos y días diferentes, el cual es ajeno al enjuiciamiento que nos ocupa, hasta la fecha el 6 de mayo de 2019 que se lo cuenta a su madre, cuando se entera de la mala relación que en ese momento tiene con su pareja. No dijo nada antes ya que su “madre estaba ciega con Pedro Francisco”.

Todo lo aquí señalado, tanto en lo referente a la aportación de datos que ayudan a contextualizar los hechos, como en lo referente a los hechos referenciales conocidos y vivencia sexual relatada que entronca con la que nos ocupa, sirve para reafirmar que el testimonio dado por Victor Manuel sobre las dos actuaciones con significado sexual sufridas son ciertamente verosímiles, al concurrir un relato lógico con plena coherencia, tanto interna como externa, conforme a los citados requisitos exigidos jurisprudencialmente.

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

a) 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».

Este requisito ha quedado ya constatado, el testimonio de la menor se evidencia con claridad meridiana en un relato claro en cuanto a la proyección temporal y coherencia en lo referente a la dinámica comisiva. No se observan datos reveladores de fabulación, sino manifestaciones plenamente fiables que dan consistencia a su versión y que quedan fuera de lo que se considera discurso aprendido y artificial.

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, narrándolo con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

El menor sitúa su relato dentro de una realidad espacio-temporal concreta, efectuando alusiones a momentos y lugares también determinados, engranados en hábitos o actividades identificables. Describe interacciones entre él y el acusado en relación a los hechos. Se detecta cierta falta de precisión y cierta confusión, si bien, no resulta relevante ya que cabe asociarla a la falta de comprensión debido a su edad e inexperiencia sexual y al paso del tiempo, desde que ocurren los hechos y se lo cuenta a su padre y se práctica la testifical preconstituida han pasado dos años y medio.

c) Ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes."

OCTAVO.- En cuanto al testimonio del acusado cabe traer a colación La STC 17/2009, de 15 de junio es clara al respecto: *“este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3# 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1# 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (por todas, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (por todas, SSTC 15 288/1994, de 27 de octubre, FJ 2# 102/2001, de 23 de abril, FJ 4 y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4). Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse -como hacen los recurrentes- que **los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate***

de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así

ni siquiera en el proceso penal. Pues aunque hemos afirmado que la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, también hemos declarado que, en cambio, **la versión de descargo puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad** (por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6# 155/2002, de 22 de julio, FJ 15# 135/2003, de 30 de junio, FJ 3# 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 6# 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5 y 10/2007, de 15 de enero, FJ 5). Nuestra doctrina, por tanto, desvirtúa el argumento expuesto en la demanda según el cuál ninguna consecuencia negativa puede derivarse de la falsedad de las afirmaciones de los recurrentes por haber sido emitidas en el ejercicio de su derecho a no confesarse culpables."

En consecuencia, tanto si el acusado miente como si da una versión inconsistente (STS 463/2012, de 6 de junio), tales aspectos pueden y deben ser valorados como prueba de cargo. No se trata de convertir la mentira o la versión inconsistente en la prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, sino en valorar la declaración del acusado como una prueba –de cargo o de descargo según su resultado- más en función de las restantes pruebas practicadas, de modo que si en el plenario se ha practicado prueba de cargo para la condena, la mentira o la versión inconsistente puede servir de corroboración de aquella prueba de cargo desconectada de la declaración del mismo acusado.

En el ámbito de la doctrina emanada de la Sala Segunda, la STS 1736/2000, de 15 de noviembre ya remarcaba el alcance del valor que puede tener el silencio del acusado en el ámbito de la llamada prueba indirecta, señalando que *"La participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad para conducir por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. De este mecanismo, el silencio del acusado no forma parte porque no es premisa de la conclusión ni un elemento incorporable al proceso lógico como un indicio más entre otros"*

La STS 367/2014, de 13 de mayo por su parte indica que *"Como acabamos de señalar, por ejemplo en la STS núm 359/2014 de 30 de abril, el acusado no está obligado a declarar, y en el supuesto de que lo haga, la falta de credibilidad de sus declaraciones exculpatorias no constituye una prueba de cargo de su culpabilidad, pues también tiene el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo. Cuestión distinta es que existiendo prueba de cargo indiciaria de su culpabilidad, suficiente en sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, la escasa verosimilitud de sus afirmaciones no permita tomarlas en consideración como una explicación alternativa y razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de la prueba de cargo. Y así otra sentencia de esta Sala núm. 679/13, de 25 de julio, ya se dice que " El mero hecho de que el acusado incurra en contradicciones o mentiras en sus declaraciones, no constituye prueba de cargo de la realización del delito. Esta valoración*

de las declaraciones de los acusados viene justificada por la necesidad, para respetar en

profundidad el principio de presunción de inocencia, de valorar las explicaciones o versiones alternativas que proporciona la defensa, con el fin de constatar si su verosimilitud y razonabilidad desvirtúan la eficacia probatoria de las pruebas de cargo".

En este sentido ha de interpretarse la Sentencia del TEDH de 8 de febrero de 1996 (caso Murray contra el Reino Unido) que establece que el silencio no puede ser considerado en sí mismo como un indicio de culpabilidad, y solo cuando los cargos de la acusación - corroborados por una sólida base probatoria- estén suficientemente acreditados, el Tribunal puede valorar la actitud silenciosa del acusado, señalando que " El Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste opte por guardar silencio. Es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación, que el acusado debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible..."

Es decir que el silencio, la falta de credibilidad o la demostración de la falsedad de las manifestaciones exculpatorias del acusado, nunca pueden constituir pruebas de cargo. Solo pueden tomarse en consideración cuando exista prueba de cargo de su culpabilidad, suficiente en sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, para constatar que la ausencia, la escasa verosimilitud, o la manifiesta falsedad de sus afirmaciones, no permite tomarlas en consideración como una explicación alternativa y razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de la prueba de cargo.

El más reciente ATS 422/2021, de 9 de junio, en esta misma línea, continúa recordando como *"La jurisprudencia de esta Sala ha recordado, en numerosos casos, que la aportación por parte de la acusación de pruebas suficientemente serias sobre los hechos pueden requerir del acusado una explicación que debería estar en condiciones de suministrar al Tribunal, de manera que la ausencia de tal explicación, o la afirmación de una versión de los hechos claramente inverosímil, pueden ser valoradas como un elemento demostrativo de la*

inexistencia de una explicación razonable contraria a la versión de los hechos que resulta de la prueba de cargo disponible (STS 761/2016, de 13-10, con cita de las SSTEDH de 8 de febrero de 1996 y de 20 de marzo de 2001)."

Llegados a este punto, y conectado el testimonio del acusado con la prueba valorada hasta aquí, lo único que cabe concluir es que el mismo no tiene eficacia para restar validez al del menor Victor Manuel, el cual se refuerza con el resto de la prueba de cargo practicada, como se acaba de exponer. Sin que tenga incidencia en esta contundente conclusión el resultado del informe realizado por las dos psicólogas acerca del estado mental y perfil psicológico del acusado, el cual se extiende también a la valoración de su credibilidad. Ya se ha puesto de relieve que el análisis crítico del testimonio, tanto de quien aparece como víctima como de quien es acusado, es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre el comportamiento en el caso concreto. Y por otro lado, siguiendo el criterio jurisprudencial marcado entre otras por las SSTS 111/2021, de 10 de febrero y la 889/2023, de 29 de noviembre, hay que negar cualquier virtualidad relevante al informe pericial en lo relativo a que el perfil del acusado "no se adapta al perfil del abusador sexual ni primario ni secundario" y destacar que tal prueba carece realmente de utilidad. No se busca aquí un perfil más o menos marcado en tal sentido, ya que de lo que se

trata es de la valoración de la existencia de unos hechos concretos sometidos a enjuiciamiento, respecto a los cuales ningún perfil servirá para afirmar o negar. Indicar igualmente que el uso de las técnicas poligráficas y de test de detección del engaño que han hecho las profesionales actuantes carecen del rigor técnico necesario para poder ser tenidos en cuenta. Como es sabido, sin necesidad de entrar en pormenores, estas técnicas carecen de la necesaria objetividad y virtualidad para ser tenidas en cuenta, ya que su fiabilidad resulta más que discutible desde el punto de vista científico y las mismas en modo alguno sirven para sustituir la valoración que corresponde hacer al Tribunal que enjuicia.

No obstante, de la declaración efectuada por el acusado si hay unos datos que deben ser destacados a los efectos de contextualizar la situación enjuiciada:

1º.- El acusado dice haber ejecutado dos rituales de santería a Victor Manuel en la fecha en la que éste sitúa lo ocurrido y en la habitación donde dice el menor, indicando que no informo a la madre de ninguno de los dos actos. Y que los practico por problemas escolares del menor y porque la madre decía que estaba "endemoniado".

Reconoce la falta de ventana en la citada dependencia, aludiendo a una entrada de luz natural no debidamente determinada, sin que tampoco quepa presumir que la misma tiene virtualidad para paliar la referida falta de luz natural. Por otro lado, indica que en esa habitación a parte de una vela y de las imágenes y mueble donde se ubican, existe solo una butaca de madera usada por él para sus rezos. No reconoce la existencia del colchón referida por el menor, lo cual tampoco es aludido por la madre de éste, pero ello no implica que en el momento de producirse los hechos se pudiese utilizar algún utensilio, (colchón o manta) donde el acusado se postrase, sin que quede descartado que lo hiciese directamente sobre el suelo.

El mismo reconoce que en las obras de santería se "echaba de bruces al suelo" e indica que hacía uso de un "palo santo" revestido con miel y que también se ponía miel en un dedo de la mano que pasaba por la boca al menor.

Igualmente, señala que durante la celebración de estos dos actos que califica de rituales, la madre del menor estaba fuera de la casa. En cambio, el menor la ubica en una de las dos actuaciones por el relatadas en la casa, pero fuera de esa dependencia, atendiendo otros cometidos, y la otra vez refiere que está ausente de la vivienda.

Sorprende cuando menos, esa alusión que hace el acusado relativa, no solo al desconocimiento de la madre de la obra de santería dividida en dos actos, aunque próximos separados en el tiempo, sino también que los mismos se ejecutasen cuando ella no estaba en la casa o, en el mejor de los casos, ocupada en otras tareas y ajena a lo que pasaba en esa habitación. Se trataba de un menor que aún no había cumplido los ocho años de edad.

2º.- También merece apuntarse que reconoce haber realizado otra obra de santería a Angelina dividida en dos actuaciones: una en presencia de terceras personas y la otra en el dúplex sin la presencia de terceros. Si bien, indica que hizo uso de un gallo que pasó por el cuello y boca de ella, pero niega la actuación sexual no consentida que ella le achaca.

NOVENO.- De todo lo antecede, no cabe más conclusión que considerar que se cumplen

todos los requisitos doctrinales que han llevado a esta Sala, sin duda alguna, a configurar los hechos probados tal y como se han relatado, tomando como principal y esencial fuente de prueba el testimonio de la menor, el

cual queda corroborado por el resultado del resto del material probatorio de cargo analizada, tal y como se infiere de los fundamentos anteriores.

Calificación jurídico-penal

DÉCIMO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años, con acceso carnal, previsto y penado en los arts. 183 1, 2 y 3 del C. Penal redacción LO 1/2015, que se corresponde con los arts 181. 1, 3 y 4 e) y 74 del C. Penal, conforme a la redacción dada por la LO 10/22 y arts 181. 1, 4 y 5 e) y 74 del C. Penal conforme a la redacción dada por la LO 4/23.

El concepto de indemnidad sexual no viene definido en el Código de modo que la doctrina jurisprudencial en su obligada configuración, lo concreta como el derecho de una persona menor de edad a no verse involucrada en un contexto sexual y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad, (STS núm. 490/2015, de 15 de mayo). Así pues, el Tribunal Supremo no exige la existencia de ánimo libidinoso en los delitos de naturaleza sexual. Sobre esta cuestión la STS 201/2021, de 4 de marzo, con cita de numerosos precedentes, *que tradicionalmente se vino exigiendo la concurrencia de un ánimo lascivo o libidinoso proyectado en el afán del autor en obtener satisfacción sexual, pero esa postura se ha ido modulando porque, en realidad, no lo requiere el tipo. Ordinariamente acompañará a la acción y será útil para acreditar el conocimiento de la significación sexual de la conducta en su aspecto de ataque a la libertad o la indemnidad sexual. Sin embargo, la exigencia de un elemento subjetivo concretado en el ánimo libidinoso no resulta admisible, pues el legislador en la regulación de los delitos de abuso y agresión sexual no incluye ningún móvil añadido al dolo elevado a la categoría de elemento subjetivo del injusto para su inclusión típica. Basta que el sujeto conozca la transcendencia de su acción, el significado sexual de su conducta.* El tipo penal en cuestión viene referido a acciones sexuales, con muy diversa pluralidad de manifestaciones, donde la naturaleza sexual resulta inequívoca. Nuestro Código Penal no exige que los actos sexuales tengan más o menos relevancia, se refiere sin más a conductas que atenten contra la indemnidad sexual. Basta por tanto para su concurrencia el conocimiento y conciencia de realizar acciones sexuales sobre otro sin su consentimiento o cuando el consentimiento es ineficaz para considerar la concurrencia del tipo o este anulado o viciado por la fuerza física o coactiva ejercida. Y en este caso, las dos introducciones del pena en la boca del menor resultan incuestionables, siendo obvio que se corresponden con dos actos de una clara y marcada naturaleza sexual que chocan frontalmente y atentan contra el bien jurídico protegido mentado.

La intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual se distingue por el hecho de el sujeto pasivo sometido a la misma no puede decidir o está condicionado por ella a la hora de hacerlo. La intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad e indemnidad sexual, de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el presente caso, descartado el uso de la violencia, tampoco queda constancia del uso de una fuerza coercitiva, más allá de

la que deriva del acreditado y notorio desnivel que existe entre ambas partes, sin que por ende exista base fáctica para calificar tal fuerza de irresistible. Y así lo único que queda claro es la situación de clara inferioridad entre el menor víctima y su agresor sexual, lo que unido a la convivencia familiar existente, que aunque intermitente ha sido intensa, nos lleva a la aplicación del subtipo agravado recogido en el art. 183.4 d Cp de 2015, 181.4 e) del Cp de 2022 o 181.5 e) del Cp de 2023. El delito sexual que nos ocupa es fruto no solo de la falta de consentimiento, sino también de la irrelevancia del mismo dada la edad del menor afectado, como también del aprovechamiento por parte del sujeto activo de su clara situación de superioridad derivada de su ascendencia sobre la víctima y de la convivencia familiar. Este tipo de agresión sexual se caracteriza por la propia asimetría entre las posiciones del sujeto activo y del pasivo del delito, lo que determina una clara desproporción y desventaja para la víctima que incide de manera negativa en su capacidad de determinación y que se considera suficiente para debilitar aun más su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima.

En cuanto a la continuidad delictiva atañe, el art. 74 CP, tras una larga evolución doctrina y jurisprudencial, en la que dejó de ser una ficción jurídica y se le reconoció naturaleza de ente real que se sustrae a las reglas del concurso, permitiendo su consideración de unidad jurídica, precisa de los siguientes requisitos, según jurisprudencia consolidada de esta Sala Segunda del TS (por todas STS. 1038/2004, de 21 de Septiembre).

a) Pluralidad de hechos delictivos, ontológicamente diferenciales.

b) Un planteamiento único en la acción que implica la unidad de resolución y propósito criminal. Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su

realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarla, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Es, en suma, el elemento básico y fundamental del delito del art. 74, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responde al aprovechamiento de idéntica ocasión.

c) Unidad del precepto penal violado, o al menos de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de "semejanza del tipo" se ha dicho.

d) Homogeneidad en el modus operandi, por lo que significa la unidad entre las técnicas operativas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito.

e) Identidad en el sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo autor y de sujeto pasivo, en el supuesto de agresiones sexuales .

Requisitos estos a los que habría que añadir una conexidad temporal, de tal modo que no haya transcurrido lapso de tiempo excesivo entre las diferentes actuaciones aisladas (SSTS. 19.6.2000 , 9.12.98 , 20.3.98).

En tal sentido se ha pronunciado también este Tribunal, por lo que cabe remitirse a la sentencia dictada por esta Sección de la Audiencia, (Rollo nº 24/06), de 19 de Febrero de 2009,

en la que sobre este extremo se apunta lo que sigue: *No es ajena esta Sala al carácter francamente restrictivo de la apreciación de esta figura delictiva a los delitos contra libertad sexual, lo que ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, (SSTS 1316/2002, de 10 de Julio y 845/2004, de 30 de Junio, entre otras), más lo admite cuando la agresión, (el abuso), se produce en un contexto espacio temporal lo suficientemente amplio para no apreciar la unidad de acción, (SSTS 945/2006, de 29 de Septiembre y 623/2006, de 1 de Junio), pero aprovechando una misma ocasión en momentos muy próximos., (SSTS 1424/2004 de 1 de Diciembre y 1216/2006 de 11 de Diciembre). En tal sentido la última de tales sentencias, con cita de la también sentencia del Tribunal Supremo 523/2004, de 24 de Abril, señala: "que desde la perspectiva de la homogeneidad del delito continuado por afectar o no a mismo modus operandi, hemos dicho reiteradamente que para que pueda apreciarse delito continuado es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales# b) concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a pluralidad de acciones comitivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos# c) realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía# d) unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas# e) unidad del sujeto activo# y F) homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines, (SSTS 1103/2001, de 11 de Junio y 1749/2002, de 21 de Octubre, entre otras muchas)"*

Por su parte, la STS 206/2019, señala que este Tribunal ha apreciado la continuidad delictiva en aquellos supuestos en que se trata de ataques a un mismo sujeto pasivo ejecutados en el marco único de una relación sexual, de una cierta relación, mantenida en el tiempo y obedeciendo a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo (SS de 10 de julio de 2002 , 13 de mayo de 2005 , 5 de noviembre de 2008 y 19 de abril de 2010). Por el contrario, ha estimado que existe unidad natural de acción cuando se dan dos o más actos de contenido sexual si el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio temporal, por ser todo ello realizado en una misma situación y consecuencia de un mismo dolo. En este segundo supuesto no hay pluralidad de acciones, sino una sola, por lo que no cabe hablar en estos casos ni de pluralidad de delitos ni de delito continuado, sino de uno solo que absorbe o consume en la infracción penal más grave las que lo son menos, sin que se trate de reproducir los hechos en diversas ocasiones idénticas, sino de apreciar progresivamente una sola acción desarrollada en una misma situación y sobre una misma persona, (Sentencia de 19 de abril de 2010 y auto de 10 de abril de 2014).

Y en la sentencia núm. 265/2010, de 19 de febrero, se destaca que "cuando se trata de abusos sexuales, (también agresión sexual), deberá aplicarse la continuidad delictiva cuando del relato fáctico de la sentencia surge una homogeneidad de actos ilícitos y punibles que atacan el mismo bien protegido, que responde a un único plan de autor, difícilmente aislables unos de otros, que son expresión de un dolo unitario no renovado en cada acto, cuyo fin se trata de conseguir a través de esa sucesión de actos, porque entonces se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que judicialmente se realiza a través de la continuidad delictiva".

Aplicando la referida doctrina jurisprudencial al caso de autos, es claro que concurren todos y cada uno de los presupuestos básicos que caracterizan la continuidad delictiva, pues dos encuentros sexuales entre el menor y el acusado evidencian una pluralidad de acciones sexuales, con acceso carnal, (introducción pene del acusado boca del menor) ocurridas sin solución de continuidad durante dos días próximos pero diferenciados del mes de agosto de 2017, siendo varios los supuestos, (dos), claramente discernibles y reveladores de una

homogénea conexión temporal, los cuales son llevados a cabo por el mismo agente aprovechándose en ambos casos de similares circunstancias.

Así pues, esta Sala no tiene más que apreciar, como ya se puso de relieve, la existencia de un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años, con acceso carnal, que se ubica dentro del subtipo agravado derivado de la relación de proximidad similar a la de parentesco existente y desnivel y desequilibrio notable por razón de la gran diferencia de edad que separa al menor, próximo a cumplir los 8 años, del acusado, 42 años.

Autoría y participación

DÉCIMO PRIMERO.- Del referido delito es responsable en concepto de autor el acusado, Pedro Francisco por haber realizado material, directa y voluntariamente los hechos que lo integran (artículo 28, párrafo primero, del Código penal).

Penalidad

DÉCIMO SEGUNDO.- En cuanto a la individualización de la pena han de operar los arts. 66 y 74 CP , y concordantes.

En relación a este delito es de indicar que su comisión se produce antes de la entrada en vigor de la reforma legal derivada de la LO 10/2022 y por ende antes de la derivada de la LO 4/2023.

En el momento de los hechos este delito se castigaba, una vez aplicada a la horquilla penal los correctores derivados de la aplicación del subtipo agravado y de la continuidad delictiva, con un mínimo de 11 años y un día y podría extenderse hasta la mitad inferior de la pena superior en grado

Con la reforma operada por la LO 10/2022 el mínimo legal se corresponde con diez años, seis meses y un día de prisión y podría extenderse hasta la mitad inferior de la pena superior en grado

Con la reforma operada por la LO 4/2023 se vuelve a la primera indicación punitiva.

Dicho lo cual, para determinar la horquilla aplicable hay que tener presente el art. 2.2 del CP que permite la aplicación retroactiva de la norma penal más favorable al reo. Y en tal sentido, no se debe perder de vista lo establecido al respecto en la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda, 523/2023 de 29 de Junio, de cuyo contenido y a los efectos que ahora nos interesan se extrae la siguiente conclusión: el citado precepto sustantivo resulta particularmente respetuoso con el principio de retroactividad de las disposiciones penales favorables. Y queda en manos del legislador en cada reforma penal: a) dejar operar al régimen previsto, por defecto, en el art. 2.2 CP# o b) establecer normas específicas que podrían bien extender la eficacia retroactiva más allá de lo que se deriva del art. 2.2 CP o bien restringirla. Si bien, lo

que nunca se podrá impedir es que a los hechos anteriores pendientes de enjuiciamiento se les aplique la nueva legislación más beneficiosa, (a salvo, claro está, el caso de las leyes temporales).

No obstante, al haberse producido dos reformas legislativas en relación a la materia sometida a examen, habrá que tener en cuenta por un lado la previsión específica de la LO 10/2022, y por otro la previsión específica hecha en la disposición transitoria segunda de la LO 4/2023, sin olvidar que el cotejo ha de hacerse teniendo en consideración todos esquemas normativos y en base a ello decidir.

La Sala Segunda, en las pocas ocasiones que se ha suscitado el debate de la aplicabilidad de las leyes intermedias o intertemporales, se inclina por su necesaria aplicación si resultan más favorables al reo, de modo que el Tribunal habrá de optar por aquella regulación que resulte más beneficiosa para el reo, y si esta viene dada por la Ley intermedia habrá de aplicar la misma. Y así lo mantuvo la STS 692/2008, de 4 de noviembre, la cuál dispuso que *"la mayoría de la doctrina científica considera que la ley penal intermedia más beneficiosa debe ser aplicada porque el espíritu humanitario y el texto del artículo 2.2 del C.Penal no lo impiden. Además, se perjudicaría al reo por razones ajenas a él, pues sería por la tardanza de la Administración de Justicia la que empeoraría su situación", que añade, además, que "el artículo 2.2 del Código Penal permite la retroactividad de la ley penal más favorable, con tal amplitud y generosidad que, aunque al entrar en vigor la nueva ley hubiera recaído sentencia firme, sería factible la retroacción favorable a la aplicación de la Ley penal intermedia cuando sea más beneficiosa para el reo al no registrarse jurisprudencia reciente de signo contrario"*.

Doctrina que se consolidó jurisprudencialmente en las SsTS 583/2013, de 10 de junio, 953/2013 del 16 diciembre y 320/2018, de 29 de junio.

Sin embargo, he aquí que la reforma operada por la LO 4/2023, de 27 de abril, en su disposición transitoria primera establece que *"los delitos cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley orgánica se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión"*, lo que podría dar lugar a entender que el propio legislador penalista en el marco de una LO que responde a la misma naturaleza normativa del CP, matiza

el alcance de la retroactividad del art. 2.2 en el sentido de que parece excluir la aplicación de la reforma de 2022 si no estaba en vigor en la fecha de los hechos, más esta interpretación ha sido rechazada razonadamente por la reciente STS 345/2023, de 11 de mayo (reiterada por la aún más reciente STS 418/2023, de 31 de mayo), que además de insistir en la consolidada doctrina jurisprudencial expuesta, recuerda que ésta parece ser la voluntad del legislador porque, no obstante la literalidad de la referida disposición transitoria, en el Preámbulo de la propia Ley Orgánica 4/2023 se dice que *"Es importante advertir que esta reforma solo puede ser de futuro, al haber quedado consolidada la nueva realidad normativa, de manera irreversible, por efecto de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, tanto para los delitos cometidos antes de la entrada en vigor de esa Ley Orgánica como para los que se hayan perpetrado bajo la vigencia de la misma. Esto es una consecuencia del artículo 25 de la Constitución Española y del principio constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable contenido en el artículo 9.3 de dicha Ley Fundamental"*.

Así las cosas, y teniendo presente lo expuesto, al presente caso le es aplicable la horquilla penal resultante de la reforma hecha por LO 10/22, y conforme a la regla punitiva aplicable, la 6ª del art. 66.1 del Cp, al haberse tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes para determinar la agresión sexual con acceso carnal, la aplicación del subtipo agravado y la continuidad delictiva, la pena se aplica en su mínimo legal de diez años, seis meses y un día.

Será de aplicación lo dispuesto en el art 55 C. Penal en cuanto a la imposición de la pena accesoria, la cual se corresponde con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Se le impone igualmente la prohibición de aproximarse a la víctima, el menor Víctor Manuel, a menos de 1.000 metros y de comunicarse por cualquier medio con él, durante un periodo de tiempo que dure la pena de prisión más cinco años, conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 57 CP, atendiendo a la gravedad de los hechos.

Se le impone la inhabilitación especial durante el tiempo de duración de la pena de prisión más seis años para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad.

De conformidad con el art, 36.2 del Cp, la clasificación en tercer grado no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

Por aplicación de lo establecido en el art. 192, se impone la medida de libertad vigilada por el tiempo de seis años a cumplir con posterioridad al cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas. Esta medida se concretará en un futuro por el Tribunal sentenciador, previa propuesta efectuada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria competente, ver los arts 105 y 106 del C. Penal, en especial lo dispuesto en el apartado 2º del último de ellos.

Responsabilidad civil ex delicto

DÉCIMO TERCERO.- En materia de responsabilidad civil, de acuerdo con el principio general, recogido en el primer inciso del artículo 116,1 del Código Penal, toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaran daños o perjuicios. En este punto se ha de señalar que en relación con la acreditación y prueba del daño moral esta Sala entiende que los daños morales no precisan una especial y concreta acreditación, dado su contenido inmaterial, ya que derivan directamente de la acción determinante del daño moral. No es preciso demostrar cuánto fue el sufrimiento por la muerte de un familiar, o el dolor sufrido por los días de baja o por una agresión sexual o por una deformidad o la intensidad de la ofensa derivada de una acción injuriosa. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de julio de 2002 dice: *"la Audiencia, en contra de lo manifestado por el recurrente, ha basado su decisión en criterios adecuadamente expuestos en la sentencia, considerando como idóneos para fijar la responsabilidad civil del acusado la gravedad del delito y el menoscabo moral que el mismo produce a las víctimas. Ambos criterios son jurídicamente correctos para fundamentar la determinación del daño moral, dado que éste resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. El daño moral, además no se deriva de la prueba de lesiones materiales, como parece sostenerlo 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".

Es claro, por tanto, que el daño moral deriva de determinadas infracciones y actuaciones que por su mera ejecución ofenden la dignidad personal, lo que implícitamente se da en aquellas acciones que atentan contra la libertad e indemnidad sexual como lo es la que ahora se enjuicia. Así, La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 2004 establece, referido a la agresión sexual, que *"la existencia de daños morales para la persona víctima de un delito de agresión sexual es, en principio, una consecuencia inherente a dicho tipo delictivo y, por ende, demanda el consiguiente resarcimiento (artículo 110.3º del Código Penal)"*. En todo caso, el denominado "pretium doloris", compensatorio del daño moral, corresponde no sólo por el sufrimiento personal

de las víctimas ligado al hecho punible, sino que tiene un amplio espectro, de modo que acoge también el sentimiento de la dignidad lastimada o vejada, el daño psicológico, la perturbación en el normal desarrollo de la personalidad, etc.. Daño moral que cabe determinar, en casos como el presente, sin necesidad de acreditar o que conste prueba sobre la concreta afectación psicológica de la víctima,

Dicho esto, queda acreditado que como consecuencia de lo descrito en los hechos probados el menor ha sufrido un golpe vital de importancia que ha repercutido negativamente en su estado y situación emocional, siendo proclive a la posibilidad de revivir los episodios sufridos, lo que seguro ha contribuido al aumento, como es lógico, de su ya referido y prolongado estado de ansiedad que se le detectó a los cinco años.

Así las cosas, quedando acreditada la existencia del referido daño moral, parece adecuado a esta Sala fijar, dentro de los límites dispositivos y de petición de parte que en esta materia rige, en concepto de responsabilidad civil, a favor de la víctima y con cargo directo al responsable criminal, la cantidad de veinte mil euros, (20.000 euros), siendo de aplicación el art. 576 LEC en cuanto a los intereses legales.

Costas

DÉCIMO CUARTO.- Las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los responsables de todo delito o falta (art. 123 CP).

FALLO

LA SALA ACUERDA :

CONDENAR a Pedro Francisco,, como autor penalmente responsable de **un delito continuado agravado de agresión sexual con acceso carnal a menor de 16 años**, a las siguientes penas.

1º.- DIEZ AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN que lleva como accesoria la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Se le impone igualmente la prohibición de aproximarse a la víctima menor de edad Victor Manuel, a su domicilio, lugar de estudios y cualquier lugar frecuentado por él, manteniendo una distancia mínima de 1.000 metros, así como **la prohibición, durante ese tiempo, de comunicarse con ellas por cualquier medio**, durante un periodo de tiempo que dure la pena de prisión más cinco años,

Se le impone Inhabilitación especial durante el tiempo de duración de la pena de prisión más seis años para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad.

Se le impone la medida de **libertad vigilada por el tiempo de 6 años** a cumplir con posterioridad al cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas. Esta medida se concretará en un futuro por el Tribunal sentenciador, previa propuesta efectuada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria competente, ver los arts 105 y 106 del C. Penal, en especial lo dispuesto en el apartado 2º del último de ellos.

De conformidad con el art, 36.2 del Cp, la clasificación en tercer grado no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

El condenado deberá indemnizar a Victor Manuel en la suma de 20.000 euros, (veinte mil euros), por los daños morales causados, con aplicación de los intereses legales del *art. 576 LEC* .

las costas procesales de este juicio se imponen al **condenado**

Conclúyase en legal forma la pieza de responsabilidad civil.

Para el cumplimiento de las penas impuestas se le abonarán al acusado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Esta sentencia es recurrible en Apelación ante la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, conforme a lo dispuesto en los vigentes artículos 846 bis a) de la LE Criminal y demás concordantes, debiendo interponerse dentro de los diez siguientes a la última notificación de la sentencia.

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