BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ064431

AUDIENCIA PROVINCIAL
Sentencia 379/2019, de 11 de diciembre de 2019
Sección 1.ª
Rec. n.º 4/2018

SUMARIO:

Agresión sexual. Intimidación ambiental. Cooperadores necesarios. Inexistencia de error invencible. Condena a cada uno los acusados como autores de un delito de agresión sexual, con acceso carnal en forma bucal, respecto de la denunciante (menor de 16 años con conocimiento de los acusados) en la fecha de los hechos

La declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, siempre que exista, un grado de desarrollo y madurez en la víctima, es decir, credibilidad, inexistencia de móviles espurios, corroboraciones periféricas, ha de ser declaraciones lógicas en sí misma y debe existir persistencia en la incriminación (sin ambigüedades, contradicciones, ni modificaciones esenciales).

Para uno de los acusados, procede la aplicación del artículo 183 quater del Código Penal, que constituye una causa de exención de la responsabilidad criminal en los supuestos de proximidad al menor por edad y grado de madurez, es decir, la madurez del acusado y la menor era similar, y la diferencia de edad, 15 y 19 años no es importante.

Respecto al resto de acusados, existe situación de intimidación ambiental, y por ello resulta creíble que la menor, por su falta de madurez, y sorpresa no supiese reaccionar, quedándose bloqueada, y paralizada, temiendo que si se negaba los tres acusados pudieran reaccionar en forma violenta.

En la llamada "intimidación ambiental", debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 Código Penal. En estos casos cada uno es autor del nº 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido. El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes. En este caso, en el supuesto de intimidación, no existe consentimiento de la víctima sino que hay una ausencia de consentimiento, y ésta se encuentra doblegada por la intimidación y por el miedo.

Se impone la pena de 14 años de prisión a cada uno por su agresión y por cooperación necesaria, del artículo 28.b del Código Penal, 12 años de prisión por cada uno de los delitos cometidos por cada uno de los otros acusados, es decir un total de 38 años de prisión con la aplicación del máximo de cumplimiento previsto en el artículo 76 del Código Penal, es decir 20 años. Asimismo, se valora el daño moral en la cantidad de 50.000 €, atendiendo a la corta edad de la denunciante, la cual está padeciendo una situación post-traumática desde los hechos, sometida a tratamiento psiquiátrico, y la superación de los mismos se prevé difícil.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28 b), 66, 110, 183 y 183 quater.

PONENTE:

Don Roger Redondo Argüelles.

Magistrados:

Don ROGER REDONDO ARGÜELLES

Don MARIA TERESA MUÑOZ QUINTANA
Don MARIA DOLORES FRESCO RODRIGUEZ

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 BURGOS ROLLO DE SALA NUM. 4/2.018

PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO NUM.1/18

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NUM. 1 DE DIRECCION000.

S E N T E N C I A NUM.00379/2019

Ilmo/as. Sres/as. Magistrados/as:

D. ROGER REDONDO ARGÜELLES

DÑA. MARÍA TERESA MUÑOZ QUINTANA

DÑA. MARÍA DOLORES FRESCO RODRÍGUEZ

En Burgos a 11 de diciembre de 2019.

Vista en juicio oral y público ,ante esta Audiencia Provincial ,la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 de seguida por delitos CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, respecto de los procesados Evaristo, con DNI NUM000, nacido el NUM001/93, en DIRECCION001 (León) hijo de Heraclio y Adoracion, con domicilio en la CALLE000 NUM002, de dicha localidad, en situación de libertad provisional por esta causa, asistido por los Letrados don Mario Blanco Fernández y doña Laura Aran Briones, representado por el Procurador don José Luis Rodríguez Martín; contra Imanol, con DNI NUM003, nacido el NUM004/98, en DIRECCION002 (Zamora), hijo de Jeronimo y Bárbara, con domicilio en dicha localidad CALLE001 nº NUM005, en libertad provisional por esta causa, asistido por la Letrada doña Olga Navarro, representado por el Procurador don José Luis Rodríguez Martín; y contra Mario, con DNI NUM006, nacido el NUM007/95 , nacido en DIRECCION003 (León) hijo de Leovigildo y Carina, con domicilio en DIRECCION004 (León), AVENIDA000 nº NUM008, en libertad provisional por esta causa, asistido por el Letrado don Rafael Uriarte Tejada, representado por el Procurador don José Luis Rodríguez Martín, en la que han sido partes, los referidos acusados, el MINISTERIO FISCAL en el ejercicio de la acción pública.

Saturnino en el ejercicio de la Acusación Particular, asistido por la Letrada doña Patricia Ortiz Estévez, y representado por el Procurador Sr. Arnaiz de Ugarte.

En el ejercicio de la acción popular la ASOCIACIÓN CLARA CAMPOAMOR asistida por el Letrado don Luis Antonio Calvo Alonso y representada por la Procuradora doña Elena Cobo de Guzmán-Pisón.

Habiendo siendo Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. ROGER REDONDO ARGÜELLES.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el Sumario Ordinario nº 1/18 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 se dictó auto de procesamiento y posterior conclusión del Sumario respecto de los acusados, Evaristo, Mario, y Imanol, remitiendo la causa a esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos, y una vez concluida la causa y tramitada conforme a la Ley se celebró ante esta Audiencia juicio oral los días 21, 22, 25, 26, 27 y 28 de noviembre de 2019.

Segundo.

Los hechos han sido calificados por el MINISTERIO FISCAL en sus conclusiones definitivas como constitutivos de

A) UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL del art. 183 ter.1 del Código Penal.

B) UN DELITO CONTINUADO DE AGRESION SEXUAL, a menor de dieciséis años, de los art.183.2.3 y 4b) del Código Penal y art. 74 del Código Penal.

C) UN DELITO DE AGRESION SEXUAL, a menor de dieciséis años, de los art. 183.2.3 y 4b) del Código Penal.

D) UN DELITO DE AGRESION SEXUAL, a menor de dieciséis años, de los art. 183.2.3 y 4b) del Código Penal.

Considerando autores de los mismos a:

Del delito A), los tres procesados, a tenor del artículo 28 del Código Penal.

Del delito B), responde en concepto de autor el procesado, Imanol, a tenor del artículo 28 del Código Penal, y en concepto de cooperadores necesarios del art. 183.2 y 3 del C.P, respecto del delito cometido en el salón de la vivienda, Evaristo y Mario, a tenor del art. 28 b).

Del delito C), es autor el procesado, Evaristo, a tenor del artículo 28 del Código Penal, y en concepto de cooperadores necesarios del art. 183.2 y 3 del C.P, Imanol y Mario, a tenor del art. 28 b).

Del delito D), es autor el procesado, Mario, a tenor del artículo 28 del Código Penal, y en concepto de cooperadores necesarios del art. 183.2 y 3 del C.P, Imanol y Evaristo, a tenor del art. 28 b).

SOLICITANDO LA IMPOSICIÓN DE LAS SIGUIENTES PENAS:

A Imanol:

Por el delito A), la pena de UN AÑO DE PRISION, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, art. 56 C.P.

Por el delito B), como autor, la pena de QUINCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena art. 55 del C.P. De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Imanol, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de DIECISEIS AÑOS.

Como cooperador necesario, del delito C), la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena art. 55 del C.P.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Imanol, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. Como cooperador necesario del delito D), la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena art. 55 del C.P.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Imanol, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. A Evaristo:

Por el delito A), la pena de UN AÑO DE PRISION, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, art. 56 C.P.

Por el delito C), como autor, la pena de CATORCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena art. 55 del C.P. De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Evaristo, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS.

Como cooperador necesario, del delito B), la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena art. 55 del C.P.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Evaristo, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una

distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. Como cooperador necesario del delito D), la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena art. 55 del C.P.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Evaristo, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. A Mario:

Por el delito A), la pena de UN AÑO DE PRISION, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, art. 56 C.P.

Por el delito D), como autor, la pena de CATORCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena art. 55 del C.P. De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Mario, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS.

Como cooperador necesario, del delito B), la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena art. 55 del C.P.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Mario, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. Como cooperador necesario del delito C), la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena art. 55 del C.P.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Mario, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. De conformidad con el art. 58 del C.P, procede abonar el tiempo que los procesados han estado en prisión provisional.

De conformidad con el art. 192.1 del C.P, procede la imposición, a cada uno de los procesados, de la medida de LIBERTAD VIGILADA durante DIEZ AÑOS.

Con aplicación de lo dispuesto en el art. 76 del C.P (limite máximo de cumplimiento de 20 años de prisión y la condena al pago de las costas procesales.

-En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL se solicita la condena de los procesados, a indemnizar conjunta y solidariamente a la menor Zaira, a través de sus padres, Saturnino y María Cristina, en la cantidad de 50.000 euros, más los intereses legales, por el daño moral causado. El procesado, Imanol, deberá ser condenado, además, a indemnizar individualmente a la menor, a través de sus padres, en la cantidad de 20.000 euros, más los intereses legales, art. 576 L.E.Civil.

Tercero.

Por la ACUSACIÓN PARTICULAR.-

Los hechos fueron calificados como,

A) Un delito contra la libertad sexual del art. 183 ter. 1 C.P.

B) Un delito continuado de agresión sexual a menor de dieciséis años del art. 183.2, 3 y 4 b) del Código Penal, en relación con el art. 74 C.P.

C) Un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años del art. 183.2, 3 y 4 b) C.P.

D) Un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años del art. 183.2, 3 y 4 b) C.P.

Siendo autores:

- Del delito A), los tres procesados, a tenor del art. 28 del Código Penal.

- Del delito B), responde en concepto de autor el procesado Imanol, a tenor del art. 28 del Código Penal, y en concepto de cooperadores necesarios del art. 183.2 y 3 del Código Penal, respecto del delito cometido en el salón de la vivienda, Evaristo y Mario, a tenor del art. 28 b) del Código Penal.

- Del delito C), es autor el procesado Evaristo, a tenor del art. 28 del Código Penal, y en concepto de cooperadores necesarios del art. 183.2 y 3 del Código Penal, Imanol y Mario, a tenor del art. 28 b) del Código Penal.

- Del delito D), es autor el procesado Mario, a tenor del art. 28 del Código Penal, y en concepto de cooperadores necesarios del art. 183.2 y 3 del Código Penal, Imanol y Evaristo, a tenor del art. 28 b) del Código Penal.

Solicitando la imposición de las siguientes PENAS

A Imanol:

- Por el delito A), la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, art. 56 C.P.

- Por el delito B), como autor, la pena de 15 AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, art. 55 C.P.

De conformidad con el art. 57.1 C.P., la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira, así como la prohibición de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1.000 metros durante un periodo de 20 AÑOS.

- Por el delito C), como cooperador necesario, la pena de 13 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, art. 55 C.P.

De conformidad con el art. 57.1 C.P., la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira, así como la prohibición de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1.000 metros durante un periodo de 15 AÑOS.

- Por el delito D), como cooperador necesario, la pena de 13 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, art. 55 C.P.

De conformidad con el art. 57.1 C.P., la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira, así como la prohibición de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1.000 metros durante un periodo de 15 AÑOS.

A Evaristo:

- Por el delito A), la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, art. 56 C.P.

- Por el delito C), como autor, la pena de 15 AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, art. 55 C.P.

De conformidad con el art. 57.1 C.P., la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira, así como la prohibición de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1.000 metros durante un periodo de 20 AÑOS.

- Por el delito B), como cooperador necesario, la pena de 13 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, art. 55 C.P.

De conformidad con el art. 57.1 C.P., la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira, así como la prohibición de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1.000 metros durante un periodo de 15 AÑOS.

- Por el delito D), como cooperador necesario, la pena de 13 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, art. 55 C.P.

De conformidad con el art. 57.1 C.P., la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira, así como la prohibición de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1.000 metros durante un periodo de 15 AÑOS.

A Mario:

- Por el delito A), la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, art. 56 C.P.

- Por el delito D), como autor, la pena de 15 AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, art. 55 C.P.

De conformidad con el art. 57.1 C.P., la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira, así como la prohibición de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1.000 metros durante un periodo de 20 AÑOS.

- Por el delito B), como cooperador necesario, la pena de 13 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, art. 55 C.P.

De conformidad con el art. 57.1 C.P., la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira, así como la prohibición de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1.000 metros durante un periodo de 15 AÑOS.

- Por el delito C), como cooperador necesario, la pena de 13 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, art. 55 C.P.

De conformidad con el art. 57.1 C.P., la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira, así como la prohibición de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1.000 metros durante un periodo de 15 AÑOS.

De conformidad con el art. 192.1 del Código Penal, procede la imposición, a cada uno de los procesados, de la medida de LIBERTAD VIGILADA durante 10 AÑOS.

SEXTA. - RESPONSABILIDAD CIVIL: Los procesados deberán ser condenados a indemnizar conjunta y solidariamente a Zaira, a través de sus padres, Nicanor y María Cristina en la cantidad de 50.000 euros, más los intereses legales, por el daño moral causado.

El procesado Imanol, además deberá ser condenado a indemnizar individualmente a la menor a través de sus padres, en la cantidad de 20.000 euros, más los intereses legales, art. 576 LEC.

A los efectos de determinar la responsabilidad civil por los daños causados, deberán incluirse todas aquellas facturas que hasta el momento del acto de la vista se incorporen, y cuyo importe final se determinará bien en el acto del juicio oral o en su caso, en ejecución de sentencia.

Siendo responsables criminal y civilmente, también deberá acordarse la imposición a los tres acusados de todas las costas causadas, incluidas las de la acusación particular ex art. 123 Código penal.

Cuarto.

La asociación CLARA CAMPOAMOR consideró que los hechos eran constitutivos de :

a.- Un delito contra la libertad sexual de menores de 16 años del art 183 ter-1 CP.

b.- Un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años del art. 183. 2, 3 y 4 b) CP en relación con el art. 74 CP.

c.- Un delito de agresión sexual a menor de 16 años del art. 183. 2, 3 y 4 b) CP.

d.- Un delito de agresión sexual a menor de 16 años del art. 183. 2, 3 y 4 d) CP. TERCERO: Autores:

.- Del delito a) los tres acusados, conforme al art. 28 CP.

.- Del delito b) es autor el acusado Imanol conforme al art. 28 CP. Y son cooperadores necesarios del art. 183.2 y 3 CP, respecto de los hechos delictivos cometidos en el salón de la vivienda, los otros dos acusados: Evaristo y Mario, conforme al art. 28 b) CP.

.- Del delito c) es autor el acusado Evaristo conforme al art. 28 CP y los otros dos acusados, Imanol y Mario, como cooperadores necesarios del art. 183-2 y 3 CP en relación con el art. 28 b) CP.

.- Del delito d) es autor el acusado Mario conforme al art. 28 CP y los otros dos acusados, Imanol y Evaristo, como cooperadores necesarios del art. 183-2 y 3 CP en relación con el art. 28 b) CP.

Solicitó la imposición de los acusados las penas siguientes: .- A Imanol:

.- Por el delito a): como autor la pena de 20 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena con arreglo al art. 56 CP.

.- Por el delito b): como autor la pena de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena del art. 55 CP. Se impondrá además la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima y de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1 km durante un período 20 años de conforme al art. 57.1 CP.

.- Por el delito c): como cooperador necesario la pena de prisión de 13 años y seis meses e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena con arreglo al art. 55 CP. Se impondrá además la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima y de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1 km durante un período 15 años de conforme al art. 57.1 CP.

.- Por el delito d): como cooperador necesario la pena de prisión de 13 años y seis meses e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena con arreglo al art. 55 CP. Se impondrá además la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima y de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1 km durante un período 15 años de conforme al art. 57.1 CP.

.- A Evaristo:

.- Por el delito a): como autor la pena de 20 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena con arreglo al art. 56 CP.

Se impondrá además la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima y de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1 km durante un período 20 años de conforme al art. 57.1 CP.

.- Por el delito b): como cooperador necesario la pena de prisión de 13 años y seis meses e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena con arreglo al art. 55 CP. Se impondrá además la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima y de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1 km durante un período 15 años de conforme al art. 57.1 CP.

.- Por el delito d): como cooperador necesario la pena de prisión de 13 años y seis meses e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena con arreglo al art. 55 CP. Se impondrá además la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima y de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1 km durante un período 15 años de conforme al art. 57.1 CP.

.- A Mario:

.- Por el delito a): como autor la pena de 20 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena con arreglo al art. 56 CP.

.- Por el delito d): como autor la pena de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena del art. 55 CP. Se impondrá además la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima y de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1 km durante un período 20 años de conforme al art. 57.1 CP.

.- Por el delito b): como cooperador necesario la pena de prisión de 13 años y seis meses e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena con arreglo al art. 55 CP. Se impondrá además la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima y de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1 km durante un período 15 años de conforme al art. 57.1 CP.

.- Por el delito c): como cooperador necesario la pena de prisión de 13 años y seis meses e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena con arreglo al art. 55 CP. Se impondrá además la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima y de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1 km durante un período 15 años de conforme al art. 57.1 CP.

Procede, asimismo, imponer a cada uno de los acusados, para ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años, conforme al art. 192.1 CP.

Quinto.

Las Defensas de los acusados en sus conclusiones definitivas solicitaron la libre absolución de sus patrocinados, modificando las provisionales en el sentido de entender que alternativamente en Imanol concurre un error invencible del artículo 14 del Código Penal de prohibición y sobre edad, o la eximente del artículo 183 quarter. En el mismo sentido la representación de Mario, alegando error invencible del artículo 14 del Código

Penal y por la representación de Evaristo la concurrencia de error invencible de tipo y de prohibición y subsidiariamente 183 quarter del Código Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Los anteriores hechos son constitutivos de un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años del artículo 183.2, 3 y 4
b) Código Penal.

Segundo.

Que de tales hechos resultan autores conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal por haber realizado directamente los mismos los referidos acusados, Evaristo, Mario, y Imanol;
Así mismo son cooperadores necesarios, conforme al artículo 28.b) del Código Penal cada uno de ellos de los hechos realizados por el resto de los acusados, en el salón, a excepción de los hechos realizados por Imanol con Zaira en su habitación.

Tercero.

Para llegar a las conclusiones expuestas en el "factum" de la presente se ha tomado en consideración todas las pruebas practicadas en el Plenario, y habiendo sido negados los hechos por todos los acusados, rechazando haber mantenido relaciones sexuales con la denunciante, hemos acudido a la declaración de la víctima, en la medida que resultase corroborada por testimonios de referencia, documentales, e informes psicológicos.
Con carácter general debemos dejar sentado, como se indica en la STS 23/10/2.008 que declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Encuadrable en la prueba testifical, su valoración corresponde al Tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.
La credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por la Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que tiene, así como sobre la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal sentenciador de instancia. Por ello el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias (STS. 15.4.2004), como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.
Respecto al criterio de la incredibilidad tiene, como señala la sentencia de 23 de septiembre de 2004 dos aspectos subjetivos relevantes:
a) Las propias características físicas o psico-orgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.
b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994).
Por ello el hecho de que por situaciones preexistentes existan malas relaciones entre dos personas, incluso generadoras de animadversión o resentimiento, no excluye automáticamente la posibilidad de que

realmente una de ellas realice actos violentos contra la otra, o dicho de otro modo, no significa que la afirmación de una de ellas de haber sido agredida por otra tenga necesariamente que ser falsa.

Es por ello por lo que en estos casos, el Tribunal ante el que deponen acusador y acusado, debe extremar la prudencia y cautela al valorar las manifestaciones de uno y otro, así como el resto del material probatorio que aporte datos o elementos al juicio en apoyo de las versiones enfrentadas, pero en modo alguno impide al Juzgador otorgar credibilidad de la parte acusadora cuando el análisis ponderado de las pruebas, así lo determinan.

Por lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere y siguiendo las pautas de la citada sentencia de 23 de septiembre de 2004 , aquella, la verosimilitud, debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

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

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992 ; 11 de octubre de 1995 ; 17 de abril y 13 de mayo de 1996 ; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim .), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996 , el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

Por último, en lo que se refiere a la persistencia en la incriminación, y siguiendo la doctrina de la repetida sentencia, supone:

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

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

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

En todo caso los indicados criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad valorativos representen.

En el supuesto enjuiciado, tras escuchar atentamente durante tres horas el testimonio de la denunciante se llega a la conclusión de que ha sido persistente en su declaración, carecía de móviles espurios para perjudicar a los denunciados, y ha sido congruente, en aquellas cuestiones esenciales.

Y todo ello siendo conscientes de que si bien a unos testigos, de referencia, les contó que los hechos habían ocurrido voluntariamente y a otros que habían sido en contra de su voluntad, ha entrañado para esta Sala una mayor dificultad a la hora de llegar a una conclusión segura (como exige nuestro Derecho Procesal, y Constitución Española), sobre la forma en que ocurrieron los hechos.

Si bien dicha disparidad de versiones podría servir para invalidar su testimonio, sin embargo debemos atender a su grado de madurez, que como se manifestó por la psicóloga Belinda, se correspondía con la de una persona de 13 años, la cual se encontraba totalmente influenciada por su las redes sociales, y la imagen que pretendía mostrar de ella, en Instagram y delante de sus conocidos o compañeros de clase. Así deseaba aparentar mayor edad, y ser considerada como una mujer, adulta y con experiencia sexual.

Por ello no miente sobre los hechos expuestos, solamente que teniendo un sentimiento de culpabilidad por lo acontecido en el piso de los acusados, el día 24 de noviembre de 2017, no deseaba que aquellos conocidos,

con los que tenía menos confianza, supieran la verdad de lo ocurrido, de tal forma que optó por decirles que había realizado los actos sexuales de forma voluntaria, e incluso alardear de ello.

Sin embargo ante aquellas personas, familiares o que tenía mayor confianza, mantuvo que los actos sexuales no habían sido consentidos por ella.

Así en primer lugar se lo contó a sus hermanas Elsa y Inmaculada , las cuales prestaron declaración en la fase de instrucción ante el equipo psico- social, que se reprodujo en el Plenario, quienes a pesar de su corta edad, entre 12 y 13 años, fueron coincidentes en la versión que les contó su hermana, incluso refirieron que la vieron moratones en los brazos y en la zona de la espalda, no constando suficientemente acreditado la forma en que se pudieron producir, si por la actuación de los acusados, o la propia denunciante al tratar de protegerse con sus brazos.

Posteriormente Zaira contó por teléfono el día 27 de noviembre a la psico-pedagoga, Graciela, que por dificultades en los estudios la trataba desde el mes de mayo de 2017, refiriéndola lo que la había sucedido, y que había ocurrido en contra de su voluntad, percibiendo esta que se encontrándola muy nerviosa. Si bien el día 24 Graciela la había mandado un wasap a Zaira preguntándole ¿"que tal estas Topacio"? y ella le contesto que bien, lo cual entendemos que no resulta relevante puesto que resulta lógico que en principio no desease contar los sucedido.

Con posterioridad se lo contó a su madre María Cristina, luego se enteró su padre Saturnino que se encontraba trabajando en Madrid, y a su tío, Nicolas, el cual refirió que la vio como marcas de hematomas antiguos, ya amarillentos, en los brazos de Zaira.

A todos ellos les dio la misma versión, que había sido en contra de su voluntad, contándoselo también en la misma forma a su prima Valle, y a la que consideraba su mejor amiga, Marí Jose, a la cual le dijo que tenía moratones en las ingles.

Debemos poner de manifiesto que, motivado por la gran relevancia que la menor otorgaba a su imagen y apariencia de mujer experimentada, frente a sus conocidos, compañeros de clase , y redes sociales, les manifestó que había realizado los actos sexuales en forma voluntaria, alardeando de ello , lo cual consideramos que es una causa más de su inmadurez y de la importancia que otorgaba a la opinión que el resto de la sociedad tuviera de ella, relatando parte de su vida íntima como una hazaña, para sentirse superior a sus compañeros de clase o amigos.

Así el equipo psico-social que se entrevistó con la menor y emitió informe ratificado en el Plenario, considera que tenía una dificultad de integración social, manteniendo relaciones de amistad superficiales, otorgando gran importancia a su imagen corporal, buscando la aprobación y refrendo de las redes sociales, mostrando inmadurez y poca reflexibilidad.

Con posterioridad a los hechos denunciados, cuya causación no es puesta en duda por las psicólogas, a pesar de no haber realizado test de credibilidad, sufre episodios de ansiedad, insomnio y crisis de agresividad, lo cual consideran que presentan, fundamentalmente, relación de causalidad con los hechos denunciados, aunque también pudieran haber sido potenciados por la relevancia pública de los hechos, tras la interposición de la denuncia. Descartan igualmente que no presenta antecedentes patológicos o psiquiátricos.

Así mismo esta Sala si bien no entiende porqué motivos no se denunciaron, ni investigaron , por el Ministerio Fiscal o la Acusación los hechos que se constatan en la conversación de wasap y audios relativos al día 23 de noviembre y en el que constan conversaciones de Evaristo con el grupo de la " DIRECCION007", pese a ello entendemos que al menos pueden ser tomados como un indicio, por relatarse una relaciones sexuales que tienen gran similitud con las denunciadas el día 24, (habiendo manifestado Evaristo que "mañana vuelve") por lo cual si bien los hechos que pudieran haber ocurrido el día anterior, no son objeto de acusación ni de enjuiciamiento, ni han resultado objeto de probanza, pueden ser tomados como un mero indicio , en aras a valorar la verosimilitud de la menor.

Cuarto.

Por otro lado nos encontramos con matizaciones ofrecidas por esas personas de su círculo de amistad, y así a Graciela le dijo que no se arrepentía de follar con uno (Imanol) porque era muy guapo.

A su prima Valle le dijo que primero se empezó a dar besos en el pasillo de la casa con Imanol, después de haber ocurrido la agresión del Salón.

Su mejor amiga, Marí Jose, en la fase de instrucción declaró que Zaira le había dicho que se folló a Imanol, si bien en el Plenario dijo que era una forma de expresarse (sin llevar implícito una acción voluntaria)

Por ello se considera que la versión de la denunciante relativa a que fue penetrada en contra de su voluntad por Imanol, no resulta debidamente corroborada, y en consecuencia procederá la aplicación del artículo 183 quarter del Código Penal , que constituye una causa de exención de la responsabilidad criminal en los supuestos de proximidad al menor por edad y grado de madurez. Por el equipo psicosocial se expuso que la madurez de Imanol y Zaira era similar, y la diferencia de edad, 15 y 19 años no es importante.

Procede citar la STS, Penal sección 1ª del 14 de octubre de 2019 en relación con dicho precepto expresa: El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.

La doctrina señala sobre este precepto que el artículo 183 quater, incorporado al Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no aparecía en la primera versión del Anteproyecto, la de 2012. Se incorporó en la segunda y definitiva versión, la de 2013, de donde pasó literalmente al Proyecto y, por último, a la nueva Ley Orgánica. Se trata de destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 quater atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez.

Y se justificó la adición señalando que, en este sentido, estamos en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 a conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir "la asimetría de edades cuando los actos sexuales son realizados por menores". En Derecho comparado, como señala el Consejo Fiscal, se ha tenido en cuenta esta circunstancia y menciona diferentes legislaciones: Italia, donde no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido 13 años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años; o Austria, donde tampoco es punible si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, con algunas excepciones; otros países con similares regulaciones son Noruega y Suiza. Ahora bien, esa escasa diferencia de edad ha de ser tenida en cuenta no solo cuando el autor es menor sino también cuando está próximo a la mayoría de edad aun superándola.

Como doctrina jurisprudencial aplicable podemos recordar:

1.- ATS nº 67/2016, de 21 de enero: Caso de abusos sexuales en el que, en el momento de cometerse los hechos, el adulto tenía 46 años y la menor 11 años. "Resulta evidente que en el caso de autos no será de aplicación la regla prevista: "Aun siendo muy generosos a la hora de interpretar los conceptos "persona próxima por edad y madurez" no puede extenderse a supuestos como el presente [...]. La diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor -cuya edad se aleja tanto del actual límite del consentimiento sexual, como del anterior fijado en los 13 años-, y menos que exista una proximidad entre él y la menor por razones de edad o de desarrollo

2.-La STS no 782/2016, de 19 de octubre contempla un caso de relaciones consentidas entre personas de 29 años y 14, respectivamente. Esta Sala considera dicha diferencia "abultada". Ahora bien, en el caso concreto, el nacimiento de la relación es anterior a la reforma de la LO 1/2015 y se inicia en una fecha en que se situaba dentro del margen permitido por la legislación penal (mayor de 13). "Se produce así la paradoja de que una relación sentimental -la sentencia habla del "amor" que Palmira sentía por el acusado y de su deseo de mantener una "relación de noviazgo"-, permitida por el derecho penal, se convierte en delictiva a raíz de la publicación de la reforma de 2015 en el Boletín Oficial del Estado. De este modo, una decisión de política criminal -cuya legitimidad formal no es objetable- condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente al derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad".

La STS nº 946/2016, de 15 de diciembre. Se trata de un supuesto de relaciones consentidas entre persona de 11 años y otra mayor que ella en 8 años y 7 meses, en una relación de "seudonoviazgo o prenoviazgo", estimando que "la relativamente próxima edad entre los mismos" se encontraba "fuera de los límites señalados, para la exclusión de responsabilidad, por la novedosa figura introducida, por la LO 1/2015, en el artículo 183 quater del Código Penal".

4.- La STS nº 1001/2016, de 18 de enero examina otro asunto en el que la relación consentida se establece con una diferencia de "más o menos, veinte años y medio del acusado y los, aproximadamente, once años y ocho o nueve meses de la menor". "El nuevo art. 183 quater "no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre", pero, "sin embargo sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios". La resolución expresa que "se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso".

Así, como recuerda la Circular 1/2017, de 6 de junio de 2017, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, en los dos últimos casos "la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio" y que "a ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada".

Destaca la antes citada Circular sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal que: "El núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual. Consiguientemente, la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez.

La regla del art. 183 quater Código Penal, como complemento de la fijación de la edad mínima de consentimiento sexual en los 16 años, tendrá consecuencias en relación con la posibilidad de apreciar error de tipo respecto del elemento de la edad cuando las relaciones sean consentidas. En definitiva, si el adulto mantiene una relación sexual con un menor de 16 años en la creencia de que superaba dicha edad y se dan simetría de edad y madurez o desarrollo, el error no tendrá incidencia y resultará de aplicación la exención de responsabilidad del art. 183 quater. Si, por el contrario, se mantienen relaciones sexuales con error sobre la edad (siempre que obviamente concurran elementos que permitan dar verosimilitud al error) y se produce una asimetría de edad o del grado de madurez o desarrollo podría apreciarse el error vencible de tipo."

Como conclusiones de interpretación sobre el art. 183 quater destaca la citada Circular que:

"1º El fundamento de la excepción contemplada en el art. 183 quater Código Penal radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso.

2º El Legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de 16 años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez).

3º El art. 183 quater no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

4º Dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Estos criterios deben considerarse orientadores.

5º La capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de los actos no va ligada, de manera uniforme, a la edad cronológica. Las diferencias en este aspecto deben constatarse caso por caso y, sobre todo atender al hecho de que, cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez.

6º En lo que atañe a la LORPM, siguen manteniendo su vigencia, mutatis mutandis, los pronunciamientos de la Circular 9/2011, de 16 de noviembre. Se buscará la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser

el archivo (art. 16 LORPM), cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexual y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal....

9º La exención no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concurra violencia, intimidación o prevalimiento.

Quinto.

Por la representación del resto de los acusados también se alegó en forma subsidiaria o alternativa, la aplicación del citado precepto, por la inmadurez de Evaristo y Mario.

En el informe del Equipo psico-social, se llega a la conclusión de que en los mismos no se han encontrado alteraciones psico-patológicas y/o cognitivas de suficiente entidad como para afectar a su capacidad para tomar decisiones libremente, considerando que su madurez psicológica es sustancialmente superior a la de la denunciante.

Frente a tales conclusiones, se han realizado por la psicóloga Brigida, a instancia de la representación de Evaristo, otro informe pericial en el que muestra su desacuerdo con la metodología y conclusiones alcanzadas por las psicólogas judiciales.

Así considera que Evaristo presenta una personalidad dependiente, déficit de atención, impulsividad, falta de capacidad para tomar decisiones, es simple, infantil lo cual entraña un importante grado de inmadurez.

En el mismo sentido el neuro-psicólogo Salvador, aprecia que tiene dificultades para tomar decisiones, para la interpretación de situaciones, planificación y déficit de autocontrol de su conducta.

Esta Sala después de valorar los referidos informes periciales se decanta por otorgar mayor fiabilidad al realizado por el Equipo psico- social, adscrito a los Juzgados, por su mayor imparcialidad, considerando que ha sido riguroso en su método y conclusiones.

Por ello no procedería la aplicación del artículo 183.ter del Código Penal, para el supuesto de que las relaciones sexuales realizadas por los acusados Evaristo y Mario, hubieran sido admitidas o consentidas por la menor, lo cual no ha sido acreditado.

Sexto.

Por otro lado no debemos olvidar aquellos testimonios que no ratifican la versión de la denunciante, en cuanto al consentimiento de los hechos.

Así la testigo Genoveva aportó en la Comisaria una serie de audios de Wassap que la habían pasado por el grupo (acontecimiento nº 21) en el cual Zaira, hablando con una tercera persona, no identificada, dice, entre otras expresiones que "como se vaya de la lengua yo sí que me voy e incluyo cosas inventadas" no creo que lo haga ni él ni ninguno ...saben las consecuencias, están advertidos" "solo mamadas y pajas pero como cuenten algo yo cuento todo e inventando"

La denunciante Zaira fue interrogada en el Plenario sobre el motivo de dichas conversaciones, y si bien admitió haberlas realizado, negó que fuese a inventar nada que perjudicase a los acusados. Entendemos que si bien utiliza el término inventar, añadiendo que lo cuenta todo, de su declaración en el Plenario y demás pruebas practicadas, valoradas por esta Sala, no se llega a la conclusión de que los hechos denunciados fueran falsos, a pesar de que mantuvo diferentes versiones, en cuanto a la voluntariedad, frente a los testigos de referencia, dependiendo de la relación que con ellos mantuviera.

Así se lo contó al testigo Artemio, el cual la vio feliz, y le dijo que había tenido relaciones sexuales con Imanol (que era el entrenador de futbol de aquél)

A la testigo Ruth, que era compañera del colegio, Zaira le mandó el video Música-L y que había grabado, y le dijo mira con quien he estado y que les había realizado felaciones, y tenía intención de seguir quedando con ellos (los acusados)

A la testigo Tomasa, Zaira le contó que les había hecho una felación, que le gustaba más Imanol. Le pareció que estaba contenta y alardeaba de ello.

Al testigo Eulalio Zaira le contó, en el domicilio de la denunciante, que había tenido una orgía, pero no se mostraba arrepentida de ello, sin haberle dado más detalles.

El testigo Julio, era un jugador del mismo equipo que los acusados, y si bien no convivían juntos alguna vez se quedaba a dormir en su casa, por lo que unía una relación de amistad, y así cuenta que el día 24 de noviembre de 2017 fue a casa de los acusados para cambiarse, estando todos en el salón junto con Zaira a la que

no conocía, grabando un video en el que él aparece, que fue a cambiarse a la habitación de Evaristo y cuando regresó al salón (a los 10 o 15 minutos), Zaira ya se había marchado , las luces estaban encendidas y la televisión encendida, sin haber oído nada ni visto ninguna acción sexual.

Entendemos que su testimonio no es creíble, puesto que, si realmente hubiese estado en el domicilio de los acusados, los cuales habían sido detenidos el día 11 de diciembre e ingresado en prisión al día siguiente, no acudió a la Comisaría o al Juzgado hasta el día 28 de enero, de 2018, cuando su testimonio podría ser determinante para modificar la situación personal de los acusados.

Escasa credibilidad merece el testimonio prestado por Consuelo la cual admitió que estaba empezando una relación con Evaristo, o conociéndole, presentando unas fotocopias, relativas a pantallazos de wasap del día 24 de noviembre sobre las horas en las que se datan los hechos denunciados, en las que constan conversaciones con dicho acusado, para quedar y después para cenar etc. Sin embargo, dichos wasap no han sido analizados por la Policía y carecer de la necesaria fiabilidad, al tiempo que resulta incompatible con el análisis realizad por el agente de la PN nº NUM014 el cual realizó los volcados de los teléfonos móviles de los acusados, comprobando que desde las 20 a las 21,30 horas, del día 24 de noviembre de 2017 no habían tenido actividad.

De la entrada y registro en el piso de los acusados, autorizada mediante resolución judicial, el día 11 de diciembre de 2017, resulta que no se encontraron restos biológicos, lo cual pudo estar motivado por el tiempo transcurrido, y si bien se apreció desorden en la casa, no se puede afirmar que se hubieran lavado determinadas prendas, sábanas etc. por ello no resulta un elemento probatorio válido para corroborar o no los hechos denunciados.

Por todo ello y tras el análisis de todos los testimonios prestados consideramos que la denunciante, Zaira, ha relatado en forma persistente y sincera los hechos objeto de enjuiciamiento, y si bien respecto de sus conocidos ha mantenido que lo había realizado voluntariamente, entendemos que ello es estaba motivado por su inmadurez, y la postura que venía manteniendo en las redes sociales, en las cuales pretendía figurar como la protagonista, (tomando decisiones) en vez de la víctima. Del examen pericial de su teléfono móvil se comprobó que tenía una carpeta con el nombre de " mis lios" y en la misma anotaba sus relaciones sexuales, resultando que con posterioridad a los hechos también había anotado las relaciones mantenidas con los acusados, anotación que manifiesta la denunciante que no fue realizada por ella, sin embargo entendemos que no habiéndose acreditado que otra persona tuviese acceso a su teléfono debemos entender que ella misma fue la autora de tales anotaciones, lo que dentro del contexto de inmadurez y prevalencia de la imagen social que caracterizaba todas las conductas de Zaira, resulta comprensible y no puede inferirse que dichos actos hubieran sido consentidos.

Séptimo.

Por lo que atañe uno de los elementos del tipo penal que han sido cuestionado, relativa al conocimiento por los acusados, de la minoría de edad de la denunciante, en concreto ser menor de 16 años, esta afirmó que aquellos conocían dicho extremo, ella se lo había dicho, la veían con el uniforme del colegio, y un día en presencia de su madre María Cristina, la cual depuso en forma clara y contundente, les advirtió a Mario y a Evaristo que tuvieran cuidado con su hija, que tenía quince años, puesto que estos se encontraban en el Bar DIRECCION006 y la menor residía en las proximidades, y cuando se encontraban le decían "¿que tal Zaira?" Dicha testigo a su vez les reconoció físicamente en el acto del juicio oral.

Así mismo el testigo Ramona manifiesto que los acusados conocían que Zaira era menor de edad, y el testigo Artemio declaró que le dijo a Imanol, el cual le entrenaba en el equipo de futbol juvenil, que Zaira tenía 15 años (como él).

El testimonio prestado por Pablo Jesús, (propuesto por la Defensa de Evaristo) el cual declaró que había quedado en su piso con Zaira el día 27 de noviembre de 2017, y que pensaba que tenía 17 o 18 años, admitiendo que se besaron y se tocaron el culo, sin haber mantenido acceso carnal, entendemos que no puede servir como prueba de su edad, o de la que ella decía tener, puesto que de admitir que conocía su edad real sería un hecho que le podría perjudicar penalmente, al ser dicho testigo mayor de edad, y su conducta podría subsumirse en un delito de abuso sexual, por ello dicho testigo se mantuvo muy cauteloso en su testimonio, evitando admitir una posible relación sexual y el conocimiento de la minoría de edad de Zaira.

Por todo ello consideramos acreditado que los acusados tenían pleno conocimiento de que Zaira era menor de edad y en concreto menor de

16 años, y en consecuencia los hechos realizados se encuentran comprendidos en el artículo 183 del Código Penal.

Este Tribunal, ha podido apreciar directamente la apariencia física de la menor en el acto del juicio oral, y a pesar de haber transcurrido dos años, (en la actualidad tiene con 17 años de edad,) se apreció que sus características físicas, forma de expresarse, reacciones, ponen de manifiesto su minoría de edad, la cual sería más fácilmente perceptible en el año 2017.

Octavo.

Por lo que atañe a la existencia de intimidación, que implica la calificación de los hechos como de agresión sexual, en la modalidad de acceso carnal por vía bucal, debemos hacer las siguientes consideraciones:

La menor si bien inicialmente se encontraba en el salón del piso de los acusados, en compañía de Evaristo, grabando un video musical, posteriormente fueron llegando el resto de los acusados, y el jugador Julio, (no acusado) resultando que en un momento determinado y tras abandonar el salón este último, alguno de los acusados apagó las luces de la estancia y se desnudaron.

Entendemos que el hecho de que la menor se encontrarse en un domicilio ajeno, con la luz apagada y rodeada por tres varones de superior complexión, y edad, los cuales se habían desnudado, y quitándole a ella también la ropa, salvo la braga, cogiéndole de las manos y la cabeza, dirigiéndola hacia sus penes para que les masturbarse y les realizase sucesivamente felaciones, constituye una situación de intimidación ambiental, y por ello resulta creíble que la menor, por su falta de madurez, y sorpresa no supiese reaccionar, quedándose bloqueada, y paralizada, temiendo que si se negaba los tres acusados pudieran reaccionar en forma violenta.

En este sentido procede citar la STS 953/2016, de 15 de diciembre en cuanto declara que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada . Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males."...

En la llamada "intimidación ambiental", debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 Código Penal. En estos casos cada uno es autor del nº 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado

b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. 7. 3. 97 y 481/2004 de 7.4).

La STS. 1169/2004, de 18/10/2014 señala que, cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, cometen cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es -ordinariamente- coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente de dos delitos de agresión sexual.

Por lo tanto, será cooperador necesario, no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio.

En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental.

La intimidación ambiental que configura el delito de agresión sexual, lo analiza la sentencia TS 1169/2004, de 18 de octubre : Es conveniente, para sentar mejor las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo. Es importante hacer una referencia a la edad y constitución física del agresor y la víctima, las circunstancias del lugar y tiempo y los demás elementos que deban ser valorados por el órgano

juzgador. También tiene relevancia la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión (véase, en este sentido, la STS 226/2003, de 19 de febrero).

En definitiva, cuando no existe consentimiento o éste se muestra conseguido mediante un acto de fuerza física o moral (compulsiva, de carácter intimidante), estamos en presencia de un delito de agresión sexual. Sin embargo, cuando la relación es consentida, pero tal consentimiento está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica (relación de superioridad determinada por las causas legales), concurriendo, sin embargo, tal consentimiento, el delito ha de calificarse de abuso sexual, fuera de otros supuestos típicos.".

En cuanto al grado o a la gravedad de la acción intimidatoria, se pronuncia la Sentencia 609/2013, de 10 Jul. (RJ 2013, 7723), Rec. 1917/2012, en el siguiente sentido: "Para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.

Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar 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.

Como ha establecido la jurisprudencia consolidada la intimidación empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.

La sentencia 1291/2005, de 8 Nov., Rec. 263/2005, se recoge que: "Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado

b) art. 28 CP. En estos casos cada uno es autor del nº 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. de 7.3.97 y 481/2004, de 7.4 (RJ 2004, 3444)

Así se expresa la STS. 1169/2004, de 18.10 (RJ 2005, 781), cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, comete cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es -ordinariamente- coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente de dos delitos de agresión sexual.

Por lo tanto, será cooperador necesario, no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en lugar solitario.

En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental.

También la sentencia 305/2013, de 12 Abr. (RJ 2013, 3187), Rec. 1532/2012, concreta que: "Se distingue de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en que en éste el sujeto pasivo no puede decidir, pues 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 o indemnidad sexuales en los delitos de agresión 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 caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente.

El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

La especifica referencia que se hace en el Convenio de Estambul al consentimiento, como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho.

En el supuesto enjuiciado los acusados fueron conscientes de que la menor no prestaba en forma libre y voluntaria su consentimiento para la realización de los actos sexuales, puesto que fueron ellos quienes la quitaron la ropa y ella cruzó sus brazos, tratando de evitar la realización de una acción sexual que no deseaba ni consentía.

Por todo ello se considera que el acceso carnal por vía bucal realizado por los acusados, ha sido realizado con intimidación, y cada uno de ellos es responsable criminalmente de lo realizado por sí mismo y cooperador necesario de lo realizado por los demás.

Noveno.

Por el Ministerio Fiscal y las acusaciones se considera que la conversación de wassap realizada el día 21 de noviembre, (acontecimiento nº NUM013, Wap 36) entre Zaira, Evaristo, y escuchada por otros compañeros, resulta que los acusados y Zaira refieren que era de broma y por ello no se puede considerar acreditado que hubieran quedado para el viernes realizar los actos sexuales que describen, y no comprendidos en el artículo 183 ter del Código Penal, por lo que procederá la absolución de los acusados por dicho delito relativo a la proposición de encuentro con fines sexuales por medios tecnológicos.

Este delito sanciona al que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, estando castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Concretamente en este tipo se regula lo que internacionalmente se conoce como "child grooming", término con el que se hace referencia, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 24 Febrero de 2015 (RJ 2015, 1405), a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.

La estructura típica del delito viene configurada de la siguiente forma:

1.- La acción consiste en contactar con un menor de dieciséis años a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación;

2.- La finalidad no es otra que la de proponer un encuentro con el menor a fin de cometer cualquiera de los delitos (sexuales) descritos en los arts. 183 y 189;

3.- Se requiere que la proposición no se quede ahí, sino que vaya acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento.

La aplicación de la Jurisprudencia citada nos lleva a desechar la relevancia penal de los hechos y decretar su absolución de los acusados por dicho delito.

Décimo.

Por la representación de los acusados se alega en forma alternativa la existencia de un error invencible sobre la ilicitud del hecho o sobre una de los elementos del tipo penal, previsto en el artículo 14. 1.3 del Código Penal 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados. Postulando su absolución por haber actuado en la creencia de que los hechos no eran constitutivos de delito y que desconocían la concurrencia de uno de los elementos del tipo penal

Con carácter general debemos poner de manifiesto la STS de 25 de marzo de 2001 que señalaba: Consiste el error de prohibición en la errada creencia de obrar lícitamente y puede recaer sobre el contenido de una norma prohibitiva, siendo entonces directo, o consistir en error sobre una causa de justificación siendo indirecto. Jurisprudencialmente se viene señalando que para valorar la existencia de error en un caso concreto es preciso tener en cuenta las condiciones psicológicas y culturales del infractor, así como también las posibilidades que pudo tener de recibir instrucción y asesoramiento para conocer la trascendencia antijurídica de su conducta.

Dentro de los tipos de error, el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, cual ocurre en este supuesto, denominado error de prohibición directa, como sobre error acerca de la justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad penal.

La doctrina jurisprudencial ha venido marcando la precisión de que se pruebe la existencia del error y que se atienda, cuando la existencia de error se alegue a las circunstancias de cada caso concreto refiriéndose a las circunstancias culturales y psicológicas concurrentes en quien pretenda haber obrado con error, cuya invocación por otra parte, es inadmisible cuando se refiera a infracciones que son generalmente conocidas como patentemente ilícitas y, por otro lado, sin que sea preciso para excluir el error que el agente del hecho haya de tener plena seguridad de que actúa ilícitamente, bastando con que sea consciente de existir un alto grado de probabilidad de que su conducta sea antijurídica (Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 7 de julio y 16 de diciembre de 1997 y 20 de febrero de 1998, y Sentencia 754/1999, de 17 de mayo).

La Jurisprudencia del TS (dice la S 23 Jun. 1999), tras poner de relieve la grave dificultad que supone la apreciación tanto de la existencia del error como el carácter vencible o invencible del mismo, por pertenecer en último término al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo (vid. TS S 3 Ene. 1985), ha declarado que no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas, por lo que no es posible conjeturar o invocar tales errores en infracciones de carácter natural o elemental cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada (ver TS SS 18 Sep. 1987, 18 Nov. 1991 y 11 Oct. 1996, entre otras), ni cuando la ilicitud de la conducta resulta evidente para cualquier persona aun sin conocimientos jurídicos elementales (TS S 8 Jul. 1991); llegando a afirmar que, para excluir el error, no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad (TS SS 12 Dic. 1991, 17 Abr. 1996 y 29 Sep. 1997, entre otras).

En el supuesto enjuiciado se considera que los acusados no podían ignorar que actuar en forma conjunta para realizar actos sexuales con la denunciante, cuya minoría de edad conocían, pudiera ser constitutivo de infracción penal, habida cuenta de que no existió en ningún momento un consentimiento expreso, y se realizó con la luz apagada, y en forma conjunta, debilitando la defensa de la víctima.

El referido error entendemos que solamente cabría en aquellos supuestos de relaciones sexuales consentidas, con una menor de edad, y atendiendo a las circunstancias personales del acusado. Así no debemos olvidar que los acusados tienen una cultura media, son españoles, y por los medios de comunicación han tenido la posibilidad de conocer, (por su gran difusión) el enjuiciamiento y condena de un grupo de personas, por un delito contra la libertad sexual.

La invocada alegada ignorancia de ilicitud, la cual no ha sido objeto de prueba, puesto que habiendo negado la realización de los actos sexuales, en ninguna de las formas reflejadas en el Código Penal, las acusaciones no han podido interrogar sobre los posibles motivos del error invocado, y si bien ha sido introducido en el trámite de conclusiones por las Defensas, al tratarse de una circunstancia que exime de la responsabilidad criminal deberá ser objeto de probanza por la parte que la alega.

En consecuencia no habiendo sido acreditado el error invencible previsto en el 14 del Código Penal, debemos excluirlo como causa de exención de la responsabilidad criminal.

UNDÉCIMO.- En cuanto a las penas que procede imponer a los acusados, y en aplicación del artículo 66 del Código Penal, se considera por los hechos cometidos por cada uno de ellos se impondrá la pena de 14 años de prisión, que se corresponde con la mitad superior de la prevista en el artículo 183.2.3. 4b) y por cooperación

necesaria, del artículo 28.b del Código Penal, 12 años de prisión por cada uno de los delitos cometidos por cada uno de los otros acusados, es decir un total de 38 años de prisión con la aplicación del máximo de cumplimiento previsto en el artículo 76 del Código Penal, es decir 20 años, y las accesorias legalmente previstas. Se considera que dichas penas se ajustan a la gravedad de los hechos cometidos, sin apreciar razones para incrementarlas en la forma postulada tanto por la Acusación Particular como por la Popular.

En concreto a Evaristo , como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE AGRESION SEXUAL, a menor de dieciséis años y cooperador necesario de los delitos cometidos por Mario y Imanol, a las penas de: CATORCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Evaristo, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS.

Como cooperador necesario, del delito cometido por Mario a la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS

Y como cooperador necesario del delito cometido por Imanol, a las penas de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena

Y la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS.

A Imanol: como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE AGRESION SEXUAL, a menor de dieciséis años y cooperador necesario de los delitos cometidos por Mario Y Evaristo a las penas de: CATORCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS.

Como cooperador necesario, del delito cometido por Mario a la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS

Y como cooperador necesario del delito cometido por Evaristo, a las penas de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena Y la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS.

A Mario, como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE AGRESION SEXUAL, a menor de dieciséis años y cooperador necesario de los delitos cometidos por Imanol Y Evaristo a las penas de: CATORCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS.

Como cooperador necesario, del delito cometido por Evaristo a la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS

Y como cooperador necesario del delito cometido por Imanol, a las penas de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena

Y la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS.

-Que respecto de las anteriores penas procederá la aplicación del LIMITE MÁXIMO DE CUMPLIMIENTO DE 20 AÑOS DE PRISIÓN (artículo 76 del Código Penal).

De conformidad con el art. 58 del C.P, procede abonar el tiempo que los procesados han estado en prisión provisional.

De conformidad con el art. 192.1 del C.P, procede la imposición, a cada uno de los procesados, de la medida de LIBERTAD VIGILADA durante DIEZ AÑOS.

DUODÉCIMO.- Por lo que respecta a la indemnización por los daños morales y perjuicios causados a Zaira, debemos partir de la dificultad que siempre se presenta a la hora de razonar y fijar las cuantías indemnizatorias, puesto que el daño moral se sujeta difícilmente a normas preestablecidas.

En la STS.24.3.97 se recuerda que: no cabe olvidar que cuando de indemnizar los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones.

En el supuesto enjuiciado valoramos el daño moral en la cantidad de 50.000 €, atendiendo a la corta edad de la denunciante, la cual está padeciendo una situación post-traumática desde los hechos, sometida a tratamiento psiquiátrico, y la superación de los mismos se prevé difícil, entendiendo que tales hechos marcarán toda su vida, como acontece en aquellos hechos que atentan contra la libertad sexual. Resulta evidente que una violación cometida en conjunto por tres personas, produce, sin duda un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad.

La STS. 22.7.2002-, señala que el trauma psicológico, y los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos, (ssTS. 16.5.98, 29.5.2000, 29.6.2001).

La traducción de estos criterios en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada.

En el presente supuesto entendemos que además del daño moral se han acreditado la existencia de unas secuelas psíquicas, y por ello la cantidad indicada "ut supra" se considera adecuada al perjuicio y daño moral causado, en aplicación de los artículos 110 y ss. del Código Penal

DÉCIMO TERCERO.- Por lo que respecta a las costas procesales procederá la imposición a los acusados, conforme a lo dispuesto en el artículo 123 el Código Penal, incluyendo las relativas a la Acusación Particular, no habiendo sido solicitadas las de la Acción Popular, y en la medida que han resultado condenados por parte de los delitos objeto de acusación.

Vistos los artículos citados, concordantes Jurisprudencia aplicable, administrando Justicia en nombre de SM. El Rey,

FALLAMOS

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a:

- Evaristo, como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE AGRESION SEXUAL, a menor de dieciséis años y cooperador necesario de los delitos cometidos por Mario Y Imanol, a las penas de: CATORCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Evaristo, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y

que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS.

Como cooperador necesario, del delito cometido por Mario a la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS.

Y como cooperador necesario del delito cometido por Imanol, a las penas de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Y la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS.

-Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Imanol: como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE AGRESION SEXUAL, a menor de dieciséis años y cooperador necesario de los delitos cometidos por Mario Y Evaristo a las penas de: CATORCE AÑOS DEPRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS.

Como cooperador necesario, del delito cometido por Mario a la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS

Y como cooperador necesario del delito cometido por Evaristo, a las penas de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena

Y la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS.

-Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS A Mario, como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE AGRESION SEXUAL, a menor de dieciséis años y cooperador necesario de los delitos cometidos por Imanol Y Evaristo a las penas de:

CATORCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS.

Como cooperador necesario, del delito cometido por Evaristo a la pena de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS

Y como cooperador necesario del delito cometido por Imanol, a las penas de DOCE AÑOS DE PRISION, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena

Y la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Zaira y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS.

-Que respecto de las anteriores penas procederá la aplicación del límite máximo de cumplimiento DE 20 AÑOS DE PRISIÓN (artículo 76 del Código Penal).

De conformidad con el art. 58 del C.P, procede abonar el tiempo que los procesados han estado en prisión provisional.

De conformidad con el art. 192.1 del C.P, procede la imposición, a cada uno de los procesados, de la medida de LIBERTAD VIGILADA durante DIEZ AÑOS.

-En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL los referidos acusados indemnizarán en forma conjunta y solidariamente a la menor Zaira, a través de sus padres, Saturnino y María Cristina, en la cantidad de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 euros) más los intereses legales, por el daño moral causado.

-Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Imanol, del delito de agresión sexual en la forma continuada por el que venía siendo acusado.

-Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados, Evaristo, Imanol y Mario del delito previsto en el artículo 183 ter del Código Penal relativo a la comunicación con un menor de dieciséis años y proposición de concertar un encuentro para cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 del Código Penal.

Se imponen a Evaristo, Y Mario las ? partes de las costas procesales causadas a su instancia, incluyendo las relativas a la acusación particular, declarando el resto de oficio

Se imponen a Imanol la 3/5 partes de las costas procesales causadas a su instancia, incluyendo las relativas a la acusación particular, declarando el resto de oficio.

Notifíquese la presente sentencia personalmente a los acusados y a las demás partes, con el apercibimiento de que la misma no es firme, cabiendo interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en virtud de lo previsto en el artículo 846, ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio que resolverán las apelaciones en sentencia en la forma dispuesta en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley).

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

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. D. ROGER REDONDO ARGÜELLES Ponente que ha sido de esta causa, habiendo celebrado sesión pública la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta capital en el día de su fecha. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.