

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2024**

Nº de Recurso: **46/2024**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X.GALICIA SALA CIVIL/PENAL**

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00071/2024 -

Domicilio: PLAZA DE GALICIA S/N

Telf: 981182140- 981184876 Fax: no

Correo electrónico: EMAIL000

Equipo/usuario: DF

**Modelo:** 001100

**N.I.G.:** 36006 41 2 2020 0002245

**ROLLO:** RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000046 /2024

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000067 /2021

RECURRENTE: Alfonso, Julieta

Procurador/a: JOAQUIN GABRIEL SANTOS CONDE, JOSE MANUEL DOMINGUEZ LINO

Abogado/a: DIANA MARIA OTERO MASCATO, TAMARA SINEIRO LONGO

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, Julieta , Alfonso

Procurador/a: , JOSE MANUEL DOMINGUEZ LINO , JOAQUIN GABRIEL SANTOS CONDE

Abogado/a: , TAMARA SINEIRO LONGO , DIANA MARIA OTERO MASCATO

**S E N T E N C I A**

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don José Antonio Varela Agrelo

Don Fernando Alañón Olmedo

Don Ángel Judel Prieto

En A CORUÑA, a dos de julio de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados arriba expresados, vio en grado de apelación (Rollo número 46/2024) el procedimiento Sumario ordinario seguido en la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra (rollo número 67/2021) partiendo de la causa tramitada con el número 388/2020 en el Juzgado de Instrucción número 2 de LOCALIDAD001 (Pontevedra) por delito de abusos sexuales a menores de 16 años contra el acusado Alfonso.

Son partes en este recurso, como apelantes y apelados, el mencionado acusado don Alfonso, representado por el procurador don Joaquín Gabriel Santos Conde y defendido por la letrada doña Diana María Otero Mascato y doña Julieta representada por el procurador don José Manuel Domínguez Lino y defendida por la letrada doña Tamara Sineiro Longo; y como apelado el Ministerio Fiscal.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don Fernando Alañón Olmedo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** La sentencia dictada con fecha 2 de febrero de 2024 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra contiene los siguientes hechos probados:

“Probado y así se declara que el procesado, Alfonso, mayor de edad, nacido el NUM000/1998 provisto de DNI

### 77549061F y sin antecedentes penales y María Virtudes

xxx, nacida el NUM001/2004, mantuvieron relaciones sexuales siendo ella menor de 16 años, en las siguientes ocasiones:

A) Sobre las 17:30 horas del día 17 de marzo de 2018 el procesado Alfonso, que contaba en ese momento con 19 años, se personó con su turismo en las inmediaciones del domicilio de la entonces menor de edad María Virtudes, que contaba en ese momento con 13 años y 8 meses, trasladándose junto con ella hasta una zona aislada en un monte ubicado cerca de una playa sin identificar de la localidad de LOCALIDAD000.

Una vez allí y tras pasarse ambos a la parte trasera del vehículo, Alfonso, con el propósito de satisfacer su ánimo libidinoso, contando con el consentimiento de María Virtudes y sin que mediara ni violencia ni intimidación, la besó en la boca, tocándole los pechos y el trasero, llegando a introducirle algún dedo en sus genitales.

Finalmente, el procesado propuso a María Virtudes que le hiciera una felación a lo que ésta accedió y prestó su consentimiento, sin que tampoco mediara violencia ni intimidación.

B) En torno a las 18:45 horas del día 7/04/2018 el procesado, Alfonso, llevó en su vehículo a María Virtudes hasta una playa sin identificar de la localidad de LOCALIDAD000.

Una vez que se encontraban en los asientos traseros del coche, el procesado, con el propósito de satisfacer su ánimo libidinoso, contando con el consentimiento de María Virtudes y sin que mediara ni violencia ni intimidación, la besó en la boca mientras le tocaba los pechos, practicándole después María Virtudes una felación.

C) En hora y día no concretados a finales del mes de abril del año 2018, Alfonso, se trasladó en su turismo junto con María Virtudes hasta una zona boscosa DIRECCION000 en la localidad de LOCALIDAD000 y, después de colocarse en los asientos traseros del vehículo, el procesado con el propósito de satisfacer su ánimo libidinoso, contando con el consentimiento de María Virtudes y sin que mediara ni violencia ni intimidación, introdujo la lengua en los genitales de la entonces menor y, a continuación, ella le hizo una felación.

D) Finalmente, alrededor de las 17:30 horas del día 5 de julio de 2018, Alfonso recogió con su turismo a María Virtudes y se desplazaron hasta un camino cercano a la gasolinera de “XXX” de la localidad de LOCALIDAD000 donde, encontrándose en los asientos traseros del vehículo, el procesado, con el propósito de satisfacer su ánimo libidinoso, contando con el consentimiento de María Virtudes y sin que mediara ni violencia ni intimidación, se besaron y se desnudaron, quedándose ambos sin ropa, momento en el que Alfonso, penetró vaginalmente a María Virtudes. A pesar de la diferencia de edad, en el momento de los hechos Alfonso no presentaba un grado de madurez y desarrollo físico y psicológico muy distinto al de María Virtudes, sino bastante próximo, aunque no igual.

El 29 de marzo de 2019 la madre de María Virtudes formuló denuncia por estos hechos reclamando en nombre de su hija la indemnización que pudiera corresponderle por estos hechos.

María Virtudes no presenta un daño psicológico debido a las relaciones sexuales que mantuvo con Alfonso, pero sí presenta malestar emocional y vergüenza por el conocimiento público de los hechos”.

**SEGUNDO:** El fallo de la mencionada sentencia es como sigue:

“**Condenamos al acusado Alfonso** como autor penalmente responsable de un **delito continuado de agresión sexual a menor de dieciséis años** ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante analógica muy cualificada del art. 183 bis en relación con el art. 21.7 CP, a las siguientes penas:

1.- **DOS AÑOS Y TRES MESES de prisión** con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- **Prohibición de que se aproxime** a María Virtudes, su domicilio, residencia, lugar de estudio y/o trabajo, o cualquier otro lugar que sea frecuentado por ésta en un radio no inferior a 150 metros por un plazo de **CUATRO años**.

**Prohibición de establecer contacto** con María Virtudes, por cualquier medio de comunicación (personal, telefónico informático o telemático, escrito, verbal, visual...) por el mismo plazo de **CUATRO años**.

3.- La **medida de libertad vigilada** por tiempo de **DOS AÑOS** que cumplirá con posterioridad a la pena de prisión.

4.- **Inhabilitación especial** para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve **contacto regular y directo con personas menores de edad**, por un tiempo de **SIETE años**.

Asimismo, se imponen al acusado las costas del proceso, incluidas las de la acusación particular.

En vía de **responsabilidad civil** María Virtudes deberá indemnizar a Julieta en la suma de **2000 euros** más los intereses devengados conforme al art. 576 LEC.

Abónese al acusado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.”

**TERCERO:** La representación procesal del acusado y de la acusación particular interpusieron recursos de apelación contra la referida sentencia, que fueron impugnado por ambas partes y por el Ministerio Fiscal.

**CUARTO:** Mediante diligencia de ordenación del pasado 12 de abril de 2024 la Sala acordó que se formase el rollo correspondiente, designándose Magistrado Ponente; y por resolución de 6 de mayo la Sala señaló el siguiente día 20 para votación y fallo del recurso.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Recurso de Julieta.

Como primer motivo de impugnación que la representación procesal de la Sra. Julieta formula contra la sentencia dictada por la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 2 de febrero pasado se denuncia error en la valoración de la prueba.

Tras exponer su conformidad con el tratamiento que la Sala de instancia hace de la declaración de la víctima en cuanto suficiente para enervar la presunción de inocencia, acude a estas manifestaciones para entender acreditado que el 17 de marzo de 2018 hubo una introducción de los dedos del acusado en la vagina de la menor, sin su consentimiento, es más, con la expresa negativa de esta a ser sometida a esa práctica. El hecho de que con anterioridad a ese acto la menor hubiera consentido determinadas prácticas sexuales no permite extender su conformidad a otras diferentes.

Cabe, en primer lugar, cuestionarse la legitimación para la intervención en el proceso de la Sra. María Virtudes, en este hito procesal. Y decimos esto porque si bien en un primer momento la anterior, madre de la víctima menor de edad, comparece en el procedimiento en el ejercicio de la acusación particular en cuanto legal representante de esta (artículo 162 del Código Civil) no ostentará tal condición desde el momento en que la víctima alcance su mayoría de edad (artículo 169 del Código Civil), de suerte que esa representación que, desde la condición de víctima de María Virtudes, menor de edad cuando inicia el procedimiento, ostentaba su madre, se extinguirá con la mayoría de edad de esta, alcanzada el 9 de julio de 2022. Así las cosas y ante la falta de representación en el procedimiento de Julieta, una vez alcanzada la mayoría de edad, no podemos entender vigente la presencia de la acusación particular representada por la madre de aquella lo que se traduce en la inexistencia de los actos procesales que desde la condición de acusación particular hubiera desarrollado, habida cuenta de que tal condición procesal reside exclusivamente en la víctima y que esta es plenamente capaz para el ejercicio de los derechos procesales que le son propios.

En cualquier caso, aun dando por legítima la presencia de la Sra. María Virtudes en el proceso, en modo alguno el primero de los motivos de impugnación sería susceptible de ser estimado. Para razonar esta afirmación cumple traer a colación la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 72/2024, de 7 de mayo. Esta resolución lleva a cabo un pormenorizado análisis de la posibilidad de revocación de sentencias absolutorias por el órgano encargado de la resolución del recurso de apelación que contra estas se formule cuando exista discrepancia sobre el juicio fáctico que en ellas se contiene.

La Ley 41/2015, al modificar la redacción de los artículos 790 y 792 de la Ley de enjuiciamiento criminal vino a permitir la revisión del juicio fáctico de las sentencias absolutorias.

Parte la resolución anterior de considerar la asimétrica posición de las partes en el proceso penal y así se cita la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2006 que afirma que las partes acusadas *«en cuanto que pueden sufrir la intervención punitiva del Estado, el imputado y acusado gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes en el proceso»*, ostentan una posición distinta en atención a los intereses y derechos fundamentales que a cada uno de ellos compete en el curso del procedimiento. A pesar de que se proclame la vigencia de los principios de igualdad y contradicción

que se traduce en la misma capacidad de alegación y prueba, no concurren idénticas garantías porque ciertamente con el ejercicio del *ius puniendi* no se conforma un mecanismo de solución de un conflicto entre víctima y acusado sino que el proceso se ciñe a ese ejercicio por más que la parte acusadora ostente una posición destacable en el proceso y el *ius ut procedatur*. Sirva para enfatizar lo anterior el derecho a la presunción de inocencia que asiste al acusado, elemento nuclear de un juicio justo y que implícitamente coloca al anterior en una posición distinta de aquel que ejerce la acusación. No existe el derecho de las acusadoras a obtener la condena del acusado, más allá de poner en marcha el proceso mismo; no existe un derecho invertido a la presunción de inocencia.

Pues bien, esa diferente posición resulta especialmente subrayada en el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Desde la vigencia del derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional ha sostenido la necesidad de un canon de motivación reforzado cuando se esté en presencia de una sentencia condenatoria (SSTC 169/2004, de 6 de octubre, y 246/2004, de 20 de diciembre) y ello por la razón de que están en juego derechos fundamentales que trascienden del derecho a la tutela judicial efectiva como son la presunción de inocencia o el derecho a la libertad. Lo anterior no puede traducirse en la ausencia de exigencia de motivación de los pronunciamientos absolutorios pues de ser así se estaría conculcando el artículo 120 de la Constitución así como el principio de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos; sin embargo el juego de la presunción de inocencia exime a la sentencia de llevar a cabo un juicio fáctico y de subsunción, exigible en las sentencias condenatorias, de modo que bastaría la plasmación de elementos suficientes que permitan excluir la arbitrariedad, el error manifiesto, la falta de razón o el absurdo.

Sostiene el Tribunal Constitucional con base en la no muy lejana sentencia 43/2023, de 8 de mayo, que frente a un pronunciamiento condenatorio, la posible revisión de este descansa en la idea de un juicio justo. Solo el acusado condenado tiene el derecho a que su declaración de culpabilidad y la pena sean revisadas por un tribunal superior, dando cumplimiento de ese modo a lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y al artículo 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), conforme al cual «*toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior*». Ese derecho a la doble instancia no se reconoce a las partes acusadoras (STC 33/1989, de 13 de febrero), sin perjuicio de la posible consideración de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con proscripción de la indefensión, a través del régimen de recursos que legalmente establezca, con plena libertad de criterio, el legislador. Así pues, y desde la consideración de nuestro sistema de recursos, no cabe ninguna duda del derecho de las partes acusadoras a interponer el procedente contra un fallo absolutorio.

Sentado lo anterior, sobre el derecho de las partes acusadoras a impugnar ante un tribunal superior un pronunciamiento absolutorio, analiza la sentencia 72/2024 las posibilidades y límites de revocación por parte de un tribunal superior de un fallo absolutorio y así se distinguen tres supuestos. La revocación de sentencias absolutorias acompañada de un pronunciamiento condenatorio; la revocación de sentencias absolutorias por lesión de garantías procesales de las acusaciones; y la revocación de sentencias absolutorias de tribunales de jurado por defectuosa motivación del veredicto.

La cuestión que se somete a decisión de la Sala entraría dentro del primer supuesto pues la pretensión que se deduce por la acusación particular no descansa en el quebranto de garantías procesales ni, ciertamente, estamos en presencia de una sentencia dictada por el Tribunal del jurado.

En tal sentido, no está de más recordar que la regla general que ampara la prohibición de revocación de los fallos acusatorios tuvo su primera manifestación jurisprudencial en la ya lejana sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 de 18 de septiembre. Esta resolución era tributaria de la interpretación que del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hizo el TEDH en el caso *Ektabani vs Suecia*.

Lo que venía a considerar aquella resolución es la inviable conformación por parte del tribunal superior de un nuevo relato de hechos probados sobre la base de reconsideración de pruebas que se han practicado en vista pública a presencia del órgano judicial a quo, en presencia y con la intervención del acusado. Se añade que la doctrina anterior fue complementada por la contenida en la STC 184/2009, de 7 de septiembre que vino a subrayar la necesidad de que el acusado pueda «*exponer su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan ante el tribunal llamado a revisar la decisión absolutoria impugnada (STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, in fine)*». La conjunción de ambas tesis lleva a determinar que, como indica la STC 88/2013, de 11 de abril, que «*vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal*». La conclusión que se

deriva de lo expuesto, señala el Tribunal Constitucional en la sentencia que glosamos, es que desde la posición asimétrica de las partes en el proceso penal, la revocación de sentencias absolutorias solo está justificada cuando concurren vulneraciones de las garantías constitucionales de las acusaciones que impidan considerar que el proceso se ha desarrollado conforme a reglas esenciales mínimas del necesario juicio justo incluido el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), donde se enmarcaría el derecho a una resolución motivada y no cumple este requisito aquellos razonamientos arbitrarios, irrazonables o manifiestamente erróneos.

Abunda el Tribunal Constitucional en el análisis de la cuestión abordando el motivo de impugnación que se ciñe a la errónea valoración de la prueba y se descarta la posibilidad de que en esta segunda instancia, ante un pronunciamiento absolutorio, se vuelvan a valorar las pruebas practicadas en el juicio oral de instancia para, alcanzar una conclusión alternativa y ello es así porque la revisión que ofrece la apelación no se proyecta sobre las pruebas sino sobre la sentencia y la fundamentación de su valoración, o lo que es lo mismo, se está ante un mero control de razonabilidad. En síntesis, el Tribunal de apelación no debe siquiera entrar en el análisis de las pruebas sino simplemente atender a la sentencia y su justificación, ponderando la posible arbitrariedad, sin perjuicio de valorar, a los solos efectos anulatorios, la omisión de valoración de algunas pruebas de significada relevancia sin prejuzgar sobre su contenido.

La sentencia apelada en orden al concreto aspecto que cuestiona la acusación sienta la tesis de que los encuentros sexuales de María Virtudes y el acusado, todos ellos, fueron consentidos por esta. Para llegar a esa conclusión afirma que el testimonio de Alfonso es persistente en cuanto a la existencia de relaciones sexuales con María Virtudes pero que no merece esa condición cuando se refiere a su consentimiento, en concreto al episodio sucedido el 17 de marzo de 2018 y así se razona que es incoherente esa pretendida falta de consentimiento en ese primer encuentro con la existencia de este en los posteriores; que la propia María Virtudes sostuvo que todos los episodios, sin excepción, fueron consentidos, lo que a juicio de la Sala llevó al Ministerio Fiscal a excluir la falta de consentimiento en su calificación; añade el testimonio de la agente de la Guardia Civil NUM002 quien en entrevistas con María Virtudes manifiesta que esta le dijo que todo lo que hizo ella fue porque quiso y que nadie le obligó ni convenció para hacerlo y que no había sido forzada, ni coaccionada, ni obligada. En igual sentido el agente TIP E NUM003; y se añade la propia declaración de María Virtudes sobre ese primer encuentro sexual. Claramente puede inferirse que en modo alguno nos encontramos ante una decisión arbitraria, absurda, ilógica o irracional. La Sala ha ponderado adecuadamente, al menos desde un punto de vista formal, las manifestaciones de la propia María Virtudes y de terceras personas y llega a una conclusión perfectamente acomodada a aquel contenido. No hay concurrencia de parámetro alguno que permita considerar un vicio valorativo de entidad tal que determinara la nulidad de la sentencia. Debe respetarse, por consiguiente, la conclusión a la que llega la Sala de instancia lo que conlleva el perecimiento del motivo, rechazo que no supone más que un *óbiter* frente a la ya declarada falta de legitimación de la recurrente.

**SEGUNDO.**- Como segundo motivo de impugnación denuncia la representación de la acusación particular error en la aplicación de la atenuante analógica muy cualificada por consentimiento; ausencia de presupuestos exoneradores y vulneración el principio acusatorio.

Al margen de que sería igualmente de aplicación lo indicado en el fundamento precedente sobre la legitimación de la representación procesal de Julieta, cumple señalar que la cuestión atinente a la aplicación de la cláusula prevista en el artículo 183 bis del Código Penal es sustancialmente el motivo de impugnación de la sentencia por parte del acusado de modo que será analizado conjuntamente en el fundamentos siguiente. No obstante lo anterior, cabe hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar no es posible atender a la denunciada vulneración del principio acusatorio pues es doctrina jurisprudencial consolidada aquella que permite de oficio la consideración de circunstancias atenuantes cuando la base fáctica de las mismas fluye de manera natural del relato de hechos probados (SSTS 1099/2003, de 29 de julio; 284/2024, de 21 de marzo, 723/2020, 30 de diciembre; 595/2014, 23 de julio; 362/2008, 13 de junio; 795/2015, 10 de diciembre; STC 205/1989, 11 de diciembre, entre otras muchas).

En segundo lugar, la cuestión atinente al consentimiento de la menor ha quedado zanjada en el fundamento precedente.

En tercer lugar no es cierto que no hayan existido pruebas que demuestren la simetría de madurez que acoge la sentencia apelada. Así se cuenta con la declaración de Encarna, con las circunstancias personales de ambos, el desarrollo físico que presentaba María Virtudes, el comportamiento de María Virtudes en otras ocasiones. Sobre este último aspecto debe hacerse un inciso.

La exposición que hace la sentencia apelada, en contra de lo señalado por la recurrente, no culpabiliza de nada a María Virtudes, simplemente refleja unas circunstancias de las que inferir un determinado grado de madurez, nada más. La recurrente se apoya fundamentalmente para sustentar su posición en prueba de carácter personal, las declaraciones de la propia María Virtudes y de su madre, pruebas cuya valoración ha

sido implícitamente efectuada por la sentencia apelada con el resultado que ofrece el relato que se asume como cierto y que como tal es inamovible, tal y como se razonó.

**TERCERO.**- Recurso de Alfonso El recurrente interesa un pronunciamiento revocatorio de la anterior y el dictado de nueva resolución por la que se le absuelva de cualquier responsabilidad penal derivada de los hechos enjuiciados. Como primer motivo de impugnación se aduce la indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 183 quáter del Código Penal. Razona la apelante que para la debida aplicación de la causa de exclusión de la responsabilidad se exige la plena constancia del consentimiento de la menor a lo que habrá que añadir la proximidad del grado de desarrollo o madurez entre el/la menor y el autor de los hechos, unida a la proximidad de edad. A juicio de la defensa ha quedado acreditado el libre consentimiento de la menor María Virtudes; existe asimismo proximidad de edad pues María Virtudes, cuando tuvieron lugar los hechos, tendría casi 14 años mientras que Alfonso ya había cumplido 19 años de edad. Existe simetría en ambos en lo que a la madurez se refiere y el nivel académico de María Virtudes es muy superior.

Tras transcribir extensamente parte de la sentencia apelada, algo de todo punto innecesario, trae a colación, con reproducción parcial de la misma, la sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 12 de julio de 2023 (61/2023), en la que fue aplicada la cláusula de exoneración de responsabilidad del acusado, caso aquel en el que María Virtudes aparece igualmente como víctima.

En el apartado tercero y bajo la rúbrica «referencia a los hechos» relata la recurrente que el 28 de marzo la madre de María Virtudes se personó en dependencias de la Guardia Civil denunciando múltiples sucesos de carácter sexual en los que había tenido intervención María Virtudes con jóvenes mayores de edad.

Indica que para el reconocimiento de los hechos María Virtudes fue conminada por su madre. Descarta la defensa la existencia de persistencia en la incriminación. Relata las circunstancias del suceso y, en definitiva, aboga por la aplicación de la cláusula del artículo 183 quáter.

El artículo 183 quáter del Código Penal, vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos, disponía que «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». En la redacción actual del Código Penal, el artículo 183 bis recoge en lo sustancial igual contenido añadiendo, en lo que interesa, que la madurez a la que se refiere será la física y psicológica.

La sentencia apelada en el relato de hechos probados afirma que «A pesar de la diferencia de edad, en el momento de los hechos Alfonso no presentaba un grado de madurez y desarrollo físico y psicológico muy distinto al de María Virtudes, sino bastante próximo, aunque no igual». Y sirva ese fragmento de la resolución apelada para justificar el rechazo de la alegación atinente a la vulneración del principio acusatorio pues es doctrina constante y reiterada del Tribunal Supremo la que permite al órgano de enjuiciamiento la consideración de circunstancias atenuantes siempre que su base fáctica fluyan naturalmente del relato de hechos probados como sucede manifiestamente en este caso (SSTS 1963/2000, de 15 diciembre; 201/2001, de 6 marzo; 1389/2001, de 16 julio; 1099/2003, de 21 julio; 737/2004, de 2 junio; 157/2012, de 7 marzo y 600/2014, de 3 septiembre), tal y como en fundamento precedente se expuso.

La sentencia apelada razona pormenorizada y exhaustivamente sobre la aplicación de la cláusula exoneradora del artículo 183 bis en su fundamento jurídico cuarto. Señala la sentencia que en el primero de los hechos considerados María Virtudes contaba con 13 años y 8 meses de edad y el acusado con 19 años y 6 meses; a la fecha del último de ellos a María Virtudes le faltaban 3 días para cumplir 14 años; apostilla que la diferencia de edad si bien supera los cinco años no era tan distante como para impedir la aplicación de la exención. Sobre el grado de madurez, la sentencia concluye que las pruebas acreditan «un grado de desarrollo, madurez física y psicológica de Alfonso y de María Virtudes, que sin llegar a la total simetría se encuentra muy próximo a ella». Sobre el desarrollo físico de María Virtudes se menciona que su madurez es compatible con una chica mayor de edad. Ambos se encontraban viviendo con sus padres cursando sus estudios; tampoco hay diferencias ostensibles en la experiencia vital de cada uno de ellos en materia sexual.

Recoge la sentencia el testimonio de Encarna, hermana del acusado e íntima amiga de María Virtudes, donde refleja que esta era una persona a la que le gustaban los chicos mayores que ella; que era muy inteligente y lista, que enviaba fotografías suyas a jóvenes mostrándose en ropa interior o semidesnuda. Valora la Sala la posibilidad de que los encuentros de María Virtudes con el acusado fueran a iniciativa de ella misma. Y concluye el Tribunal que si bien no es posible apreciar una total simetría en el grado de desarrollo y madurez de ambos, si es próximo y concluye llamativamente diciendo que «[...]no existiendo diferencias sustanciales entre ellos de manera que si no eran dos iguales, eran casi iguales». Tras ello, se defiende la posibilidad de apreciar la atenuante por analogía y se concluye que «cuando medie consentimiento de la víctima y concurren solo parcialmente los presupuestos exoneradores de dicho artículo, e incluso apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, la relación entre el autor y la víctima menor

sea muy cercana a la simetría, pues se coincide con el voto particular en que los parámetros que utiliza el art. 183 bis CP son difusos y el precisar con exactitud qué situaciones tienen cabida en el precepto, o no lo tienen, sobre todo si nos encontramos en situaciones limítrofes, no es fácil y según la rigidez con que se interprete la norma puede depender una absolucón o una condena, sin pasar por una zona intermedia; zona intermedia que consideramos existente en el presente caso y cuyo reproche debe ajustarse al principio de proporcionalidad». La situación no deje de presentar matices y dificultad por la propia imprecisión del precepto. La norma alude a proximidad, concepto este de evidente indeterminación.

La proximidad debe entenderse proyectada sobre la edad y el grado de desarrollo. En relación con este la sentencia no deja de aludir a casi similitud o identidad lo que se antoja inequívocamente susceptible de ser subsumido en el precepto.

Aludir a la casi igualdad supone aproximar las posiciones de ambos a límites rayanos en la tangencia. La diferencia más sustancial se proyectaría sobre la edad de ambos, casi 6 años o más cerca de los 6 años que de los 5 años (5 años y 10 meses). Cuando tiene lugar el último suceso a Alfonso apenas le quedaban dos meses para cumplir los 20 años; María Virtudes aun no tenía 14 años.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido vacilante a la hora de considerar la posibilidad de aplicar una circunstancia atenuante por analogía (artículo 21.7, en relación con el artículo 183 bis). La cuestión, sin embargo, entendemos que debe considerarse zanjada con la sentencia de pleno de la Sala 2ª 85/2024, de 26 de enero, que no deja lugar a sostener la posibilidad de una imperfecta consideración de los requisitos del artículo 183 bis. En esta resolución se parte de considerar la limitación existente en cuanto a la posibilidad de que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional se creen fundamentos atenuatorios al margen de los expresamente reconocidos por el legislador atribuyendo al ya citado artículo 21.7ª del Código Penal una suerte de vía que lleva a un ámbito de creatividad legislativa desde luego alejado de la propia función de quien ejerce jurisdicción. Y en cualquier caso debe destacarse que el núcleo fundamental de la apreciación analógica de circunstancias atenuatorias se concreta en la singularización de elementos objetivos que sostienen igualmente la esencia de las atenuaciones legalmente previstas. Reconoce la sentencia que la Sala 2ª ha admitido «en términos siempre muy excepcionales, la vía de la atenuación analógica propuesta por el recurrente -vid. ATS 601/2017, de 23 de marzo; SSTS 699/2020, de 16 de diciembre; 811/2022, de 13 de octubre-, pero no lo es menos que pronunciamientos más recientes la han excluido -vid. SSTS 798/2022, de 5 de octubre; 930/2022, de 30 de noviembre- sobre la base de un argumento principal: la imposibilidad de trazar una relación de analogía con alguna de las circunstancias típicas, constituyendo este un presupuesto ineludible derivado del principio de legalidad». Lo que desde luego excluye la sentencia es la posibilidad de aplicación analógica en relación con «la libertad en el consentimiento otorgado por la persona menor de edad para mantener relaciones sexuales con la persona mayor de edad», de suerte que «cuando se excluye la proximidad "combinatoria" -edad/madurez/ desarrollo- reclamada por la norma para identificar consentimiento válido no hay razón para activar fórmulas de atenuación basadas en la incierta categoría de la cuasiproximidad -en este sentido, resulta de interés la STS 922/2012, de 4 de diciembre, en la que con relación a la posible proyección atenuatoria de la previsión contenida en el artículo 69 CP, afirmábamos "que la doctrina jurisprudencial no acepta una minoría de edad incompleta que pueda dar lugar a la aplicación de una atenuante analógica"». En realidad todo se residencia en el entorno del consentimiento de la menor de suerte que la aplicación de la cláusula de exención de la responsabilidad es inviable cuando «la persona mayor se aprovecha, precisamente, de la menor madurez y diferencia de edad de la víctima para mantener con ella relaciones sexuales»; esto es, una suerte de prevalimiento derivado de la superioridad de edad y madurez.

En cualquier caso, las circunstancias del acusado no dejen de ser relevantes y así se aboga por la consideración del artículo 183.2, 2, o incluso la valoración de condiciones que afecten directamente a la culpabilidad, como pueden ser las deficiencias psíquicas o incluso el error. Lo que sí parece incuestionable en este momento es que la posición de la jurisprudencia ha abandonado la posibilidad de aplicar como atenuante analógica una suerte de creación ex novo desde la consideración del artículo 183 bis.

En el supuesto que nos ocupa hemos de partir necesariamente de dos premisas, la realidad del consentimiento de María Virtudes y un nivel de madurez en María Virtudes y Alfonso prácticamente idéntico. No hay atisbo alguno en el relato de hechos probados que muestre un aprovechamiento por parte de Alfonso de su mayor edad. De tal modo lo anterior, lo único que queda por ponderar es la diferencia de edad y en tal sentido, desde la indeterminación normativa, no parece desviado del propósito del legislador la consideración de un segmento de entre 5 y 6 años de diferencia obstáculo para la apreciación de la circunstancia que nos ocupa, máxime teniendo en cuenta las circunstancias anteriores (consentimiento de la menor y similitud rayana en la total simetría en el parámetro de madurez).

Y es que en realidad, toda la cuestión radica en el entorno del consentimiento de la menor. La reciente sentencia 271/2024, de 20 de marzo, ubica la norma del actual artículo 181 bis en el ámbito de la atipicidad. Determina

la falta de tipicidad de determinados comportamientos q, prima facie, serían típicos. Es cierto que la regla general en nuestra legislación es partir de la irrelevancia del consentimiento del menor de dieciséis años para la práctica de conductas de naturaleza sexual unida a una cierta presunción de que *«quien interactúa con menores participando con ellos en actividades sexuales se aprovecha (abusa) de ese consentimiento viciado»*.

No obstante, se admite una especie de consideración de cierta capacidad de *«autogobierno en estos menores para desplegar de manera natural y equilibrada unas primeras experiencias en el marco de las relaciones sexuales, se arbitra también la posibilidad de que ese consentimiento meramente natural, pueda elevarse a la categoría de consentimiento jurídico (o consentimiento fuerte, en la terminología importada de la Academia), consentimiento prestado libremente, el que dichos menores otorgan para la realización de actos sexuales cuando queda excluido cualquier clase de abuso o prevalimiento, atendiendo a la situación de igualdad sustancial entre los participantes que preside la relación»*. El consentimiento es la piedra angular de la cláusula de atipicidad y se le otorga valor cuando el mismo es otorgado libremente con exclusión de cualquier clase de prevalimiento. Este prevalimiento se excluye precisamente por la simetría en la madurez y edad de las personas que se contemplan. En este caso no consta en modo alguno la existencia de ese prevalimiento, de esa posición de superioridad que en cierto modo haya condicionado de manera torcida el comportamiento de María Virtudes, por el contrario, la similitud en el grado de madurez de ambos lo descarta, de modo y manera que debe ponderarse el consentimiento de María Virtudes como determinante de la atipicidad de la conducta de Alfonso.

La consecuencia, por consiguiente, es la aplicación del actual artículo 181 bis del Código Penal que se traduce en un pronunciamiento absolutorio del acusado, desde la constatación de las circunstancias contenidas en aquel.

**CUARTO.**- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de enjuiciamiento criminal, se declaran de oficio las costas de todo el procedimiento.

En atención a lo expuesto, en nombre de S. M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

## FALLAMOS

**Que estimando** el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don Joaquín Gabriel Santos Conde en nombre y representación de Alfonso contra la sentencia de fecha 2 de febrero de 2024 dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el procedimiento Sumario Ordinario 67/2021, y desestimando el recurso de la misma clase planteado por el procurador Don José Manuel Domínguez Lino, en nombre y representación de Julieta, debemos revocar aquella y en su virtud absolvemos al acusado Alfonso de cualquier responsabilidad derivada de los hechos enjuiciados y todo ello declarando de oficio las costas del procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.