

14. Preguntas y respuestas sobre los delitos contra la libertad sexual. Aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de delitos contra la libertad sexual y su reforma por Ley Orgánica en 2023

160. ¿Son víctimas de violencia de género las de delitos sexuales?

En efecto, con la LO 10/2022, de 6 de septiembre las víctimas de violencia sexual son víctimas de violencia de género (art. 41.5).

Las víctimas acreditadas de violencia sexual tendrán la consideración jurídica de víctimas de violencia de género a los efectos del artículo 2.2.c) del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

161. ¿Cómo se acredita la condición de víctima de violencia de género o sexual?

Con la LO 10/2022 se recoge en el artículo 37 *Acreditación de la existencia de violencias sexuales* que:

«1. A estos efectos, también podrán acreditarse las situaciones de violencias sexuales mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados en igualdad y contra la violencia de género, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencias sexuales de la Administración Pública competente, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, en los casos objeto de actuación inspectora; por sentencia recaída en el orden jurisdiccional social; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

En el caso de víctimas menores de edad, y a los mismos efectos, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial.

2. El Gobierno y las comunidades autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencias sexuales.

3. Los datos personales, tanto de las víctimas como de terceras personas, contenidos en los citados documentos serán tratados con las garantías establecidas en la normativa de protección de datos personales».

También con la LO 10/2022 se produce la modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y con ello:

a. La condición de víctima de violencia de género o violencia sexual deberá acreditarse por cualquiera de los siguientes medios de prueba:

a) A través de la sentencia condenatoria.

b) A través de la resolución judicial que hubiere acordado como medida cautelar de protección de la víctima la prohibición de aproximación o la prisión provisional del imputado.

- c) De la forma establecida en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre o en el artículo 36 de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.
- b. En el caso de fallecimiento consecuencia de la violencia sufrida, lo previsto en los párrafos anteriores será exigible respecto de las personas beneficiarias a título de víctimas indirectas, con independencia de la nacionalidad o residencia habitual de la víctima fallecida.

162. ¿Quién actúa en la prevención del riesgo de las víctimas?

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tal y como confirma la LO 10/2022, ya que se recoge en su art. 45 en cuanto a las actuaciones en la detección del riesgo de las víctimas. (art. 45).

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las policías autonómicas y locales competentes desplegarán medidas de evaluación del riesgo y de protección orientadas a garantizar la no repetición de la violencia y a brindar protección efectiva ante represalias o amenazas, haciendo posible que las mujeres, niñas y niños vivan en condiciones de libertad y seguridad. Estas medidas se podrán mantener en los casos de sobreseimiento provisional, siempre respetando el derecho a la intimidad de las víctimas, si se valora su necesidad.

Es fundamental la necesidad de que se actúe desde el campo de la prevención y de la localización del riesgo de las víctimas, habida cuenta que cuando han denunciado una previa situación de violencia de género sexual las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado activen el protocolo de valoración del riesgo para evitar una reiteración en las conductas, sobre todo cuando éstas se producen en el seno del hogar familiar, lo que exige una actuación urgente preventiva para que como medidas cautelares se adopten urgentemente para evitar la continuación de la violencia sexual en el hogar.

163. ¿Cómo se calcula el importe de la ayuda y en base a qué criterios?

Resulta muy importante la modificación de los apartados 2 y 4 del art. 6 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ya que, sobre todo, se fijan unos criterios para establecer el quantum de las indemnizaciones. Veamos.

- a. El importe de la ayuda se establecerá mediante la aplicación de coeficientes correctores sobre las cuantías máximas previstas en el apartado anterior, en la forma que reglamentariamente se determine y en atención a:
 - a) La situación económica de la víctima y de la persona beneficiaria.
 - b) El número de personas que dependieran económicamente de la víctima y de la persona beneficiaria.
 - c) El grado de afectación o menoscabo que sufriera la víctima dentro de los límites de aquella situación que le correspondiera de entre las previstas por el artículo 6.1.b) de esta Ley.
- b. En el supuesto de que la afectada sea víctima de violencias sexuales en el sentido de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, o víctima de violencia de género en los términos previstos en el artículo 2.1 de esta Ley, el importe de la ayuda, calculado de

acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores, se incrementará en un veinticinco por ciento.

c. En los casos de muerte consecuencia de alguna de estas formas de violencia, la ayuda será incrementada en un veinticinco por ciento para beneficiarios hijos menores de edad o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo.

En este punto que es el apartado 4º del art. se recoge que:

d. En los supuestos de violencias sexuales y de violencias de género que causaren a la víctima daños en su salud mental, el importe de la ayuda sufragará la reparación económica de los daños y perjuicios sufridos, debiendo ser evaluados, al menos, los siguientes conceptos:

- a) El daño físico y mental, incluido el daño a la dignidad, el dolor, el sufrimiento y la angustia emocional.
- b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales.
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante.
- d) El daño social, incluida la exclusión de la familia o comunidad.
- e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva libremente elegido por la víctima, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.
- f) Las actividades domésticas y de cuidados no remuneradas.

e. Será procedente la concesión de esta ayuda aun cuando las lesiones o daños sufridos por la víctima no sean determinantes de incapacidad temporal.

En cualquier caso, la ayuda prevista por este apartado será compatible con la que correspondiera a la víctima si las lesiones o daños sufridos produjeran incapacidad temporal o lesiones invalidantes.

(...)

200. ¿Si se baja la pena de prisión al autor de la agresión sexual por la LO 10/2022 puede fijarse más elevada la pena del art. 192.3 CP que ahora es de 5 a 20 años superior a la de prisión en la inhabilitación para trabajar con menores? Además, surge otra pregunta, ¿en qué medida se resuelve en la LO 4/2023, de 27 de abril el problema de la competencia en delitos sexuales de los antiguos abusos sexuales que correspondía la competencia a los juzgados de lo penal con respecto a la extensión de la pena de inhabilitación que fijó la LO 8/2021?

La redacción anterior a la LO 8/2021 fijaba esta pena para hechos ocurridos antes de esta Ley *por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en el condenado.*

Con ello, el Tribunal Supremo plantea la cuestión de que si se desea aplicar la rebaja de la pena de prisión lo debe ser en su conjunto normativo aplicando la pena actual de inhabilitación para trabajar con menores que lo es en plazo de entre 5 y 20 años a la de prisión, como se apunta en la Sentencia del **Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo**

Penal, Sentencia 930/2022 de 30 nov. 2022, a la que a continuación nos referimos que rebajó la pena de prisión de 10 a 9 años, pero incrementó la de inhabilitación para trabajar con menores de edad, ya que la mínima ahora es de 5 años superior a la de prisión y se le había impuesto la de 3 años con arreglo a la legislación anterior.

Respecto de la segunda cuestión se introduce en la LO 4/2023, de 27 de abril, una modificación en el art. 14 LECRIM al añadir al apartado 3 un párrafo 2º que resuelve la duda creada por la LO 8/2021, que reza:

No obstante, en los delitos comprendidos en el título VIII de libro II del código penal a los solos efectos de determinar la competencia para el enjuiciamiento se tendrá en cuenta únicamente las penas de prisión o las de multa correspondiendo al juez de lo penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o al juez de lo penal, correspondiente a la circunscripción del juzgado de violencia sobre la mujer, en su caso, el conocimiento y fallo de los delitos para los que la ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa, cualquiera que sea su cuantía

Con ello, se explica en la Exposición de Motivos de la LO 4/2023, de 27 de abril, que la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, había elevado el límite máximo de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o actividades que conlleve contacto con menores a 20 años en delitos menos graves y en un tiempo superior entre 5 y 20 años al de la duración de la pena de privación de libertad en delitos graves. Ello había provocado un aumento considerable de los asuntos conocidos por los órganos de las audiencias provinciales, habida cuenta el ámbito de la pena de inhabilitación especial en cualquier caso estaba en un máximo de 20 años, correspondiendo su competencia en principio la Audiencia Provincial, por lo que esta proposición de ley reforma este tema y vuelve a atribuir a los juzgados de lo penal la competencia, al establecer que esta se marcará solamente teniendo en cuenta la pena de prisión o multa, y no la pena de inhabilitación, con lo cual se recupera el marco de la competencia en razón a la pena de prisión no superior a cinco años.

La competencia de lo que eran antiguos abusos sexuales pasará a los juzgados de lo penal pese a la pena de inhabilitación que podría llegar a los 20 años, pero a nivel de fijar la competencia se observará solo la pena de prisión y multa, no la de inhabilitación, con lo que se resuelve el problema creado en este punto por la LO 8/2021.

201. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre revisión de penas en beneficio del reo tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

a. Sentencias que han rebajado las penas.

1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 930/2022 de 30 nov. 2022, Rec. 2811/2020

Se rebaja la pena en un caso de actos sexuales con menores del art. 181.1, 3 y 4 a) CP que antes estaba penado con pena de 10 a 12 años en su mitad superior y ahora la mitad superior es de 9 años y 1 día a 12 años. Por ello, se imponen 9 años y 1 día de prisión.

«El delito objeto de condena, que lo es del art. 183.1.3 y 4 b) CP, que si bien es cierto que antes de la reforma reciente del CP fijaba la pena en el arco entre los 10 y 12 años de prisión es preciso, en beneficio del reo, aplicar la ley penal más favorable, a raíz de la LO 10/2022 de 6 de Septiembre que ahora sitúa el arco de base entre los 6 y los 12 años de prisión en estos casos (art. 181.3 CP) en relación con el art. 181.4 a) CP en su mitad superior, lo que lleva a la pena de entre 9 años y un día y 12 años de prisión frente a los 10 años y un día a 12 años de la regulación anterior.

Explicando este extremo con detalle hay que señalar que en este caso es preciso acudir a una imposición menor de la pena que hubiera correspondido con el texto legal anterior al de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de reforma del código penal, habida cuenta que la pena a imponer antes de esta reforma en los casos de acceso carnal con una agravante específica llevaba pena en el arco de 8 a 12 de prisión en mitad superior y ahora esta pena se ha rebajado al arco de entre 6 y 12 años de prisión en mitad superior. Ello lleva que la mitad superior fuera antes de esta ley con una pena de entre 10 años y 1 día a 12 años y ahora lo es entre 9 años y 1 día a 12 años, en virtud de lo cual se impone la pena de 9 años y un día de prisión a cada uno de los dos condenados al desaparecer cualquier circunstancia atenuatoria por razón de la edad y ser la pena que ahora corresponde tras la LO 10/2022 de 6 de Septiembre, es decir un año inferior de prisión a la que le hubiera correspondido con el texto de la norma anterior a esta ley que lo hubiera sido de 10 años y un día de prisión.

Hay que recordar que el Fiscal de Sala en su recurso cuando plantea el motivo ahora estimado ya pidió instar la pena mínima en su momento aplicable, que antes de la LO 10/2022, de 6 de septiembre era de 10 años, aunque luego en su escrito de alegaciones instara 10 años, pero esa pena mínima ahora es la de 9 años y 1 día de prisión, que es lo que motiva ahora esta imposición, por ser esta ahora la mínima imponible y más beneficiosa al reo, señalando el Fiscal que en ese arco no concurrían atenuantes ni agravantes, de ahí que ahora la pena a imponer sea la mínima, pero que con el nuevo marco penal es de 9 años y 1 día de prisión aunque ahora se insten diez años, pero la mínima aplicable en este margen es la ahora impuesta y sin existir datos que permitan pena superior y ser los mismos que cuando se recurrió.

La acomodación de la pena al nuevo texto penal tras la LO 10/2022 es obligatoria por aplicarse la retroactividad de la ley penal más favorable al reo en virtud de ley posterior más beneficiosa, (aplicando el art. 2.2 CP) como en este caso ha ocurrido, lo cual alcanza a un proceso de revisión de penas no solo a las que se encuentren en fase de ejecución, sino, también, a las que se encuentren en fase de dictado de sentencia, bien en plena terminación de juicio oral, bien en virtud de resolución de recurso de apelación o de recurso de casación, valorando si la pena a imponer puede ser más beneficiosa.

La pena ahora impuesta es el resultado de ajustar la proporcionalidad de la culpabilidad a la penalidad imponible.

Con ello, suprimiendo la atenuante muy cualificada aplicada por el TSJ la pena a imponer sería la de 9 años y un día de prisión para cada uno de los condenados ahora recurrentes con sus accesorias ya impuestas, es decir, la mínima a imponer, dado que con ello existe ya el proporcionado reproche penal a las conductas desplegadas, teniendo en cuenta que no es aplicable el art. 183 bis CP actual de exención, y que ha existido acceso carnal con menor de 16 años, siendo el consentimiento irrelevante».

Sin embargo, se añade en esta sentencia un aspecto importante, ya que se recoge también que:

«Hay que tener en cuenta que la aplicación de la ley 10/2022 debe serlo en su conjunto, y si se rebaja la pena de prisión en un año a la que le correspondería de 10 años y un día debe aplicarse la accesoria prevista en el actual esquema normativo, que lo es la del actual art. 192.3, 2º párrafo CP (modificado por la LO 8/2021), que señala que: "La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el

presente Título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de 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 superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave".

Con ello, esta pena lo es de 5 años superior a la de prisión según la aplicación más beneficiosa que se ha hecho de rebajar la pena en un año de prisión, pero ante la exigencia de aplicar la LO 10/2022 en su conjunto, y no por partes. En el plano de la comparación normativa en su conjunto entendemos más gravoso para el penado un año de privación de libertad, que dos de la mencionada privación de derechos».

Es decir, que dado que ahora la pena del art. 192.3.2º CP¹ de inhabilitación para trabajar con menores lo es entre 5 y 20 años superior a la de prisión en estos casos se debe acomodar la pena a la mínima

2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 967/2022, de 15 dic. 2022, Rec. 10273/2022.

Se rebaja la pena de 2 años de prisión a 1 año de prisión porque lo permite la nueva redacción del art. 181.2.2 CP.

«Como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 10/2022 se dio traslado a las partes recurrente y recurrida a los efectos de su posible aplicación como ley posterior más favorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Penal. El recurrente, ampliando su escrito de recurso, solicitó la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 178.3 respecto al delito de abuso sexual sobre persona mayor de edad, interesando la imposición de una pena de 6 meses de prisión o multa de 18 meses; así como de lo previsto en el artículo 181.2, segundo párrafo, según la nueva redacción tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, respecto de los cuatro delitos de abuso sexual sobre persona menor de 16 años, interesando la imposición de una pena de 1 año de prisión por cada uno de ellos.

El Ministerio Fiscal entiende aplicables las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y sostiene que a diferencia de lo que sucede en los supuestos de revisión de sentencias firmes, en los casos de juicios posteriores a la entrada en vigor de la ley nueva y en los de sentencias en fase de recurso en el momento de la entrada en vigor, "operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, así como todas las circunstancias que puedan influir en la ejecución y determinar una mayor o menor gravosidad". Argumenta finalmente, que los hechos por los que el recurrente ha sido condenado son constitutivos de cuatro delitos de abuso sexual sobre menor de 16 años, entonces y ahora castigados con una pena que ha sido impuesta

¹ «Asimismo, la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente Título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de 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 superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave**. En ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en la persona condenada».

en el mínimo legal de 2 años de prisión, coincidente con el previsto tras la reforma a que se ha hecho referencia. De forma similar ocurre en relación al delito de abuso sexual sobre persona mayor de edad, sin que nada de ello altere el límite máximo de cumplimiento, cifrado en el triple de la pena más grave.

1. El artículo 2.2 del CP recoge el principio general de aplicación retroactiva de la norma más favorable al reo. Las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995 introducen algunas limitaciones en la determinación de la pena más favorable en los casos en que se trate de revisión de sentencias firmes, que no afectan, como destaca el Ministerio Fiscal a aquellos casos en los que se trate de sentencias en fase de recurso.

Para estos últimos casos, sin perjuicio de las particularidades relevantes de cada supuesto concreto, puede decirse con carácter general que, en principio, **una previsión que establezca un marco penológico en el que, sin modificar el máximo se reduzca el mínimo legal de la pena, resultaría más favorable, no solo porque en ausencia de razones consistentes consignadas en la sentencia no habría motivos para superar el mínimo legalmente previsto, sino también porque, en caso de concurrir solo atenuantes, el límite máximo de la pena imponible, sería lógicamente inferior al que resultaría de la aplicación de la ley anterior**. En esta misma línea argumental se ha pronunciado esta Sala en la reciente STS nº 930/2022, de 30 de noviembre. Naturalmente, sin perjuicio de respetar, en todo caso, la necesaria proporcionalidad.

2. Pretende el recurrente, en primer lugar, la modificación de la pena impuesta por el delito de abuso sexual sobre persona mayor de edad. Se trata de una cuestión que no fue planteada con anterioridad en el recurso de apelación, a pesar de que el artículo 181.1, en su redacción anterior, ya preveía la posibilidad de imponer pena de prisión o, alternativamente, pena de multa. El Tribunal había descartado expresamente esta última opción, imponiendo pena de prisión en su mínimo legal, lo cual, como se ha dicho, no fue recurrido por la defensa.

En la actualidad, el artículo 178.3 no altera sustancialmente este aspecto, pues dispone que el órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de 18 a 24 meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Habiéndose impuesto la pena de prisión en el mínimo legal y, habiéndose descartado expresamente la posibilidad de optar por la pena de multa, no se trata, por lo tanto, de una previsión de la nueva regulación que pudiera considerarse más favorable, por lo que esta pretensión debe ser desestimada.

3. La modificación de las penas, por lo tanto, solo podría afectar a los delitos de abusos sobre menores de 16 años, dejando sin alterar la condena por abuso sobre persona mayor de edad.

En estos casos, **la nueva regulación contenida en el Código Penal tras la reforma operada por la LO 10/2022, contiene una previsión específica para los casos de agresiones sexuales sobre personas menores de 16 años, que permite imponer la pena de prisión inferior en grado en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurran las circunstancias previstas en el artículo 181.4.**

Esta previsión legal no existía con anterioridad a la reforma que se menciona, de manera que la realización de actos de carácter sexual con un menor de 16 años estaba castigado como abuso sexual con la pena de 2 a 6 años (artículo 183.1 del CP).

Por lo tanto, en principio, la nueva regulación debe considerarse más favorable, ya que introduce un distinto marco penológico de menor gravedad al permitir la reducción en un grado y por ello la imposición de una pena inferior a 2 años, mínimo legal previsto anteriormente. Conclusión que se alcanza tanto si se entiende que la nueva regulación incorpora una nueva posibilidad de individualización de la pena, como si se sostiene que introduce un subtipo atenuado, caracterizado por un elemento normativo consistente en la menor entidad del hecho, tal como esta Sala sostuvo generalmente en relación a las previsiones similares contenidas en el artículo 368.2 del CP (STS nº 260/2022, de 17 de marzo y STS nº 664/2022, de 30 de junio, entre otras muchas).

En el caso, no media violencia o intimidación, ni se aprecia ninguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 181.4, no concurriendo por ello las causas de exclusión de la aplicación del nuevo subtipo atenuado.

A pesar de la reiteración de los hechos, cada uno de ellos ya sancionado con una pena independiente, han de tenerse en cuenta las características de los tocamientos, integrados por actos fugaces; que todos ellos se ejecutaron en un mismo, y escaso, lapso de tiempo; que se llevaron a cabo en un mismo lugar; que ese lugar estaba a la vista de otras personas que allí se encontraban; que esas circunstancias permitieron, no solo la interrupción inmediata de la conducta del recurrente, sino también su detención y la prestación de ayuda eficaz a las víctimas; y la escasa edad del recurrente (19 años) en el momento de los hechos, sin que se detecte ninguna circunstancia, objetiva o personal, que desaconseje la atenuación, (STS nº 784/2022, de 22 de setiembre).

Por todo ello, es razonable concluir que los hechos presentan menor entidad, lo que justifica la aplicación de la nueva previsión legal, que, en este caso, permite ajustar la pena a las exigencias de proporcionalidad en relación con la gravedad de los hechos.

En consecuencia, el motivo se estima, y se impondrá al recurrente la pena de un año de prisión por cada uno de los delitos de abuso sexual cometidos sobre persona menor de 16 años».

Con ello, dado que la nueva regulación permite la rebaja de la pena en un grado (art. 181.2.2º CP)² el TS rebaja la pena a la de un año de prisión.

(...)

² En estos casos, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurran las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4.

24. La posición procesal de las víctimas de violencia de género en el proceso penal

(...)

275. La práctica de una prueba pericial psicológica sobre mayores de edad puede perfectamente inadmitirse sin que ello vulnere el derecho de defensa. El perito no puede elaborar su pericia respecto de un mayor de edad.

En efecto, aunque suele ser práctica habitual proponer periciales psicológicas para evaluar la veracidad de la declaración de la víctima la inadmisión de esta prueba no perjudica el derecho de defensa, por cuanto «no es prueba necesaria», ya que es el juez quien valora la credibilidad de la víctima en base a los criterios ya admitidos por la jurisprudencia y no el perito.

Señala, así, el Tribunal Supremo en Sentencia 3/2020 de 16 ene. 2020, Rec. 10438/2019 que:

«No puede darse siempre valor de entidad relevante a los informes de credibilidad cuando son llevados a cabo con víctima mayor de edad, y otorgar rango de juez al perito que realiza el informe de credibilidad, ya que el proceso valorativo de credibilidad es función del Tribunal, no del perito, no pudiendo sustraerse la función de aquél para ser sustituido por quien elabora y emite el informe como perito para que éste haga de juez, y más aun debiendo tenerse en cuenta la edad de las víctimas que son objeto de examen, no pudiendo otorgarse el mismo valor cuando la edad del sujeto a exploración dista ya de la minoría de edad».

También en la sentencia del Tribunal Supremo 50/2021 de 25 ene. 2021, Rec. 1052/2019 se añade que:

«El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional. Pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria. Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudopONENTE con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar a desplazar la capacidad jurisdiccional para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado. Hacer del dictamen de los peritos psicólogos un presupuesto valorativo sine qua non, llamado a reforzar la congruencia del juicio de autoría, supone atribuirles una insólita capacidad para valorar anticipadamente la credibilidad de una fuente de prueba. Téngase en cuenta, además, que ese informe sobre la credibilidad de la víctima, para cuya confección el Juez instructor suministra a los técnicos copia de las distintas declaraciones prestadas en la fase de instrucción, se elabora con anterioridad al juicio oral. Se favorece así la idea de que, antes del plenario, algunos testigos cuentan con una anticipada certificación de veracidad, idea absolutamente contraria a nuestro sistema procesal y a las reglas que definen la valoración racional de la prueba. En suma, la existencia de un informe pericial que se pronuncie sobre la veracidad del testimonio de la víctima, en modo alguno puede desplazar el deber jurisdiccional de examinar y valorar razonablemente los elementos de prueba indispensables para proclamar la concurrencia del tipo y para afirmar o negar la autoría del imputado (cfr. SSTS 293/2020, 10 de junio; 2018; 648/2010, 25 de junio y 485/2007, 28 de mayo).

En definitiva, el informe pericial sobre la credibilidad de la víctima es un elemento de contraste cuya utilidad es más que apreciable en aquellos casos en los que la víctima es menor de edad. Las limitaciones propias de esa etapa de la vida en que la fantasía y la imaginación filtran de un modo tan apreciable el discurso evocador de cualquier niño, obligan a someter su testimonio al criterio y a la metodología de expertos capaces de dictaminar acerca del grado de presencia de esos recursos imaginativos en su declaración. Sin embargo, esa utilidad deja de ser tal cuando lo que se pide del perito es que informe sobre si un mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales y sin alteraciones cognitivas, dice o no la verdad. Si bien se mira, esa pretendida labor de auxilio jurisdiccional está abriendo una falsa puerta en nuestro sistema a algo similar a los dispositivos técnicos capaces de detectar la veracidad o la falsedad de un testimonio.

En el presente caso, las víctimas eran ya mayores de edad en el momento de su declaración en el plenario».

276. ¿Cuándo podría tener sentido una prueba pericial de mayores de edad?

Solo en los casos en los que se reclame daño moral y se quiera acreditar esa afectación psicológica a la víctima por serlo del hecho delictivo.

En la sentencia del Tribunal Supremo 437/2022 de 4 may. 2022, 2658/2020 se recuerda que para acreditar el daño moral se puede recurrir junto con la tesis del daño irreversible a la del «antes y el después» y a la «declaración de impacto de la víctima» señalando que:

«Se aplica en este caso la tesis de la declaración de impacto de la víctima para evaluar y tener en cuenta lo que expusieron en el juicio respecto a cómo se sintieron cuando fueron víctimas, lo que sufrieron, cómo les impactó durante y después del delito; es decir, las posibles consecuencias personales de miedo, o temor a que se repita lo ocurrido, o, simplemente, a revivir lo acontecido el día de los hechos».

277. ¿Se debe aportar pericial psicológica en el caso de mayores para acreditar el delito de acoso por la circunstancia de exigir el tipo (reforma por LO 10/2022, de 6 de septiembre) una alteración de cualquier modo a la vida cotidiana?

En absoluto. Ciento es que la LO 10/2022, de 6 de septiembre ha suprimido la referencia a que esa afectación sea grave en su desarrollo de la vida cotidiana para exigir solo que le afecte «de cualquier modo».

Pero no es preciso esa prueba pericial psicológica, ya que esa afectación puede probarse por la propia «declaración de impacto de la víctima», a fin de que se le interroge por cómo le ha afectado esos actos de acoso en su vida, así como testigos directos que vean esa afectación, o de referencia por habérselo contado la víctima. Pero es preciso que se cite cómo le ha afectado en su vida los actos de acoso, ya que es elemento objetivo del tipo.

Señala al respecto el Tribunal Supremo en Sentencia 599/2021 de 7 jul. 2021, Rec. 3852/2019 que:

«*No se exige, como en el delito de maltrato psicológico, de que se tenga que aportar al juicio una prueba pericial psicológica sobre la que se acredite la afectación a la psique de la víctima de esa situación de acoso o*

acecho, y que ello determine una grave alteración de su vida, ya que de ser así en el caso de víctimas más fuertes mentalmente resultaría que el acosador podría ejercer estas conductas sin que sean delito. Con ello, entendemos que la propia declaración de la víctima ya es prueba válida para poder entender que el delito del art. 172 ter CP».