

ROJ: STS CL 62/2020

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

Sede: Burgos

Sección: 1

Fecha: 18/03/2020

Recurso: 8/2020

Procedimiento: Recurso de Apelación

Ponente: Ignacio María de las Rivas Aramburu

TRIBUNAL

Excmo. Sr. D. José Luís Concepción Rodríguez

Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Álvarez Fernández

Ilmo. Sr. D. Ignacio María de las Rivas Aramburu

Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Burgos, seguida por delitos contra la libertad sexual, en virtud de sendos recursos de apelación interpuestos por los representantes de los procesados.

PARTES

PROCESADOS y su DEFENSA, representados por PROCURADOR y LETRADOS/AS.

MINISTERIO FISCAL.

ACUSACIÓN PARTICULAR, representada por PROCURADOR y LETRADA.

ACUSACIÓN POPULAR, defendida por PROCURADORA y LETRADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1, dictó Sentencia en la que se declaran probados los siguientes hechos:

Que la víctima, en el mes de noviembre de 2017, tenía la edad de quince años, de Burgos, y tuvo conocimiento de que la temporada de 2017 habían sido fichados nuevos jugadores por el club de fútbol local, entre los cuales se encontraba uno de los procesados, mayor de edad y sin antecedentes penales.

La menor acudía a los partidos o entrenamientos del equipo y le gustaba el procesado. Empezaron a seguirse en Instagram, y este era conocido como "Zurdo". Mantuvieron conversaciones y publicaciones e incluso se remitieron fotografías en ropa interior.

El 21 de noviembre de 2017 la víctima le realizó una llamada telefónica, el cual se encontraba en compañía del resto de procesados, y puso la llamada en altavoz, en la que se dijo:

(Zurdo): Hola.

(Víctima): Hola Zurdo.

(Zurdo): Eh y a mí me dejas metértela por el culo, soy yo Zurdo.

(Víctima): Si te dije que a los tres... (otro) yo paso de hacer eso...

(Zurdo): ¿Entonces el viernes hacemos trío u orgía?

(Víctima): Los tres...

(Zurdo): ¿Los tres?

(Víctima): Dios, qué estrés...

(Otro): Yo creo que los cuatro, más divertido y nos tocaríamos entre nosotros (risas).

No resulta probado que la conversación se realizase con seriedad por ninguna de las partes.

SEGUNDO.- El 24 de noviembre de 2017, la víctima sobre las 19:40h de la tarde, fue a un bar, ubicado en la calle donde residían los acusados, que tenían alquilado y compartían.

La víctima había realizado 18 llamadas al procesado, sin que le respondiese. Se encontró con él en el bar, la invitó a subir al domicilio, con el pretexto de realizar un vídeo musical para una aplicación.

Una vez en el piso, llegaron los demás procesados, (dos más), y después un compañero del equipo que la víctima no conocía, que se quedó en el salón mientras la víctima grababa el vídeo musical.

TERCERO.- Que estando en el salón, la menor y los tres procesados, que conocían su minoría de edad, apagaron las luces y se desnudaron, ante lo que la víctima se fue al baño, regresando y sentándose en una esquina del sofá. Los procesados la desnudaron, salvo las bragas, ella se cruzó de brazos y no supo cómo reaccionar, quedándose paralizada, procediendo los procesados a cogerle las manos para que les masturbase, y posteriormente sujetándole la cabeza para que les hiciera una felación a cada uno de ellos, llegando uno de ellos a eyacular en la boca de la menor, y esta con asco se fue al baño a escupir.

CUARTO.- Uno de los acusados, el que le gustaba, fue detrás de la menor y cuando salió del baño, le indicó cuál era su habitación, y esta entró, y se reclinó sobre la cama. El acusado se puso un preservativo y la penetró vaginalmente.

No consta que la menor mostrase oposición expresa o tácita a dicha relación.

La madurez de este acusado, de 19 años de edad, era similar a la de la víctima, de 15 años de edad, conforme al informe psicológico.

El acto duró entre 10-15 minutos, tras lo cual, la menor volvió al salón, recogió su ropa y abandonó el domicilio.

Como consecuencia de estos hechos, la víctima ha presentado sintomatología de tipo ansioso depresivo propias de un trastorno depresivo mixto ansioso depresivo, con medicación y seguimiento médico y psicológico.

QUINTO.- De la prueba documental, resulta acreditado que el 23 de noviembre de 2017, quedó registrada una conversación en el grupo de WhatsApp, en el que consta la siguiente conversación:

(Zurdo): La que hemos liao en el piso hoy es muy parda... Si la jamba esta que vino nos la chupó a los tres, qué guarra...

(Otro): ¿Pero juntos?

(Zurdo): Sí, en el salón, yo comiéndola las tetas y llegó otro y se unió.

Otra conversación de Whats App con su hermano:

(Hermano): ¿Os la follaríais?

(Zurdo): No, tenía la regla, mañana vuelve.

(Otro): Qué locura, a los tres, vais a partirla.

(Hermano): ¿Pero cuántos años tiene?

(Zurdo): 16.

Le preguntan si está buena y les manda fotos.

(Zurdo): Ome somos unos degenerados.

Continúan la conversación donde dicen que es una cerda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se solicita la absolución del procesado nº1. Se considera que no ha habido una valoración correcta de las pruebas, violándose la presunción de inocencia y el in dubio pro reo (en caso de duda en las pruebas, esta beneficia al reo). No se ha considerado el posible desconocimiento (exacto) de la edad de la víctima.

Las recurrentes consideran que la declaración de la víctima ni reviste credibilidad, y asume como verdadera, centrándose en que la menor conversa y sube al piso voluntariamente. Además, no se opuso resistencia ni en los actos sexuales practicados ni en la relación completa por el tercer procesado. Sin embargo, la sentencia considera que las conductas de la menor fueron producto del temor y de su inmadurez, así como el sentimiento de vergüenza y culpabilidad, reconoció los hechos como voluntarios a su entorno de amigos. En su entorno más cercano, y a la orientadora de la fundación ANAR, les reconoció no haberlos consentido.

Los recurrentes alegan la falta de lógica en que ella se opusiera en primer momento y después realizara los actos descritos, ya que ninguno le impidió abandonar el piso si hubiese querido. El informe pericial psicológico dictamina que el cambio en la versión hacia su entorno familiar puede deberse a una preocupación por la opinión

de estos hacia sus actos. Lo que pone en cuestión la credibilidad subjetiva, unido a la interpretación de unos mensajes de Whats App, que desencadenan una falta de credibilidad del factor de miedo en sus actos.

Se recogen testimonios de otros jugadores y de sus hermanas en la que no se expresa no conocer la obligatoriedad a la que supuestamente se viera sometida.

Se considera que a pesar de existir la posibilidad de dudar sobre la edad de la víctima, se produjo la opción de asegurarse. Además, un compañero de clase de esta ya le había comentado a uno de los procesados su edad. Lo que deniega la posibilidad de alegar error de prohibición. También se tiene en cuenta la posibilidad de desconocimiento de la modificación legal en cuanto a la elevación de la edad de consentimiento; y se recurre comentando la capacidad de la víctima a autodeterminar su libertad sexual.

Se califica la acción de los recurrentes como un DELITO DE ABUSO SEXUAL, por una posible proximidad en la edad madurativa y de desarrollo entre la víctima y los procesados, que en el caso del tercer acusado, se considera resuelto, (mismo grado de madurez), y que no se considera importante la diferencia de edad (15 y 19).

Sobre los otros procesados, se introduce el concepto de proximidad madurativa, ya que uno de ellos padece un trastorno hiperactivo y de déficit de atención; es decir, que existiría una simetría de edad de desarrollo, sobre todo por la banalización que muestran al tratar temas de sexualidad. Se recoge que la víctima ya había tenido relaciones sexuales en una relación anterior, a la vez que se subraya que la menor expone una carta de presentación con un grado de madurez sexual mayor al que en realidad es.

La Sala considera que no existió intimidación alguna sobre los hechos sexuales y que la menor accedió con convencimiento en aquel momento. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el consentimiento de la víctima resulta irrelevante legalmente; además de los daños psicológicos de índole post traumática y con tratamiento que padece, derivados de los hechos.

FALLO

En la Sentencia de la Audiencia Provincial, se les condena por AGRESIÓN SEXUAL (catorce años de prisión) y de COOPERACIÓN NECESARIA (doce años de prisión). Se les aplica el límite máximo de 20 años de prisión, art 76 CP.

Se absuelve a uno de los procesados de un delito de agresión sexual continuada; y a los tres de un delito de comunicación con un menor para concertar encuentros sexuales (art 183 ter CP).

En cambio, en este recurso se les condena a dos de ellos por un delito de ABUSO SEXUAL, art 183.1 CP, con atenuante muy cualificada tipificado en el 183 quarter, a las penas de cuatro y tres años de prisión. Se les inhabilita durante la condena, se les prohíbe comunicarse y acercarse a la víctima, libertad vigilada durante cinco años, inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio que conlleve contacto con menores de edad por un tiempo superior a tres años al de la duración de las penas.

Se les impone, conjunta y solidariamente, diez mil euros de indemnización por responsabilidad civil a la víctima.