



Roj: **SAP B 10296/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:10296**

Id Cendoj: **08019370222019100587**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **22**

Fecha: **01/07/2019**

Nº de Recurso: **8/2018**

Nº de Resolución: **556/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **CARLOS CERRADA LORANCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial

de Barcelona

Sumario nº 8/2018

Juzgado de Instrucción nº 2 de Barcelona

Tribunal:

Magistrados

D. Joan Francesc Uría Martínez (Presidente)

D. Juli Solaz Ponsirenas

D. Carlos Cerrada Loranca

SENTENCIA N° 556/2019

En Barcelona, a 1 de julio de 2019

Se ha sustanciado ante sección 22ª de la **Audiencia Provincial** de Barcelona, el presente procedimiento tramitado como sumario ordinario por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Barcelona, por un presunto delito de agresión sexual a menor de dieciséis años del art. 183.1, 2 y 3 CP, en grado de tentativa contra el Sr. Epifanio, en libertad provisional por esta causa, asistido por el letrado Sr. Adell Más y representado por la procuradora Sra. Beatriz De Miquel Balmes.

La acusación pública fue ejercida por el Ministerio Fiscal. La acusación particular, a través de la Generalitat de Catalunya.

Ha sido ponente, el Magistrado D. Carlos Cerrada Loranca.

Antecedentes Procedimentales.

Primero: Se dio inicio al acto del juicio oral en una primera sesión, donde se advirtió la no comparecencia de Clara al haberse fugado del centro de menores en el que residía y de la testigo Sabina, por estar hospitalizada. Se consideró necesaria la suspensión de la primera sesión, dando plazo suficiente para la nueva citación de la testigo, para finalizar el mismo tras una segunda sesión.

Segundo: Se practicó toda la prueba propuesta y admitida, comenzando por la declaración del acusado y, continuando, tras la alteración del orden la prueba conforme al art. 701 LECr, debido a razones de servicio profesional de los mismos, iniciándose con la declaración testifical los médicos, Sres. Gerardo y Imanol; prestaron declaración los agentes de Guardia Urbana de Barcelona nº NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003, lectura de la declaración de instrucción de Clara, con protesta de la defensa y por último la prueba documental propuesta por las partes.



Se tuvo por renunciados a los agentes de GUB nº NUM004 y de Mossos d'Esquadra nº NUM005 y NUM006 .

Tercero: Practicado el cuadro probatorio propuesto por las partes, se sustanció el trámite de calificaciones definitivas. El Ministerio Fiscal solicitó la elevación de sus conclusiones provisionales a definitivas, considerando a Epifanio autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual a menor de 16 años, en grado de tentativa, de los arts. 183. 1 , 2 y 3 y 16 y 62 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, con la pena de ocho años de prisión, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Se solicita la pena de prohibición de aproximación a menos de 1.000 metros de la víctima y comunicar con ella por cualquier medio por un tiempo de cinco años superior a la pena de prisión que se le imponga (artículo 57.1.2 CP) y a la libertad vigilada por tiempo de cinco años, del art. 192 CP . Costas.

En concepto de responsabilidad civil, deberá indemnizar al representante legal de Clara en la cantidad de 3.000 euros por daño moral, con aplicación de intereses legales. El Ministerio Fiscal solicitó que los 3.000 euros que obraban en la cuenta de consignaciones se entregaran a la víctima.

La acusación particular solicitó la elevación de sus conclusiones provisionales a definitivas, considerando a Epifanio autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual a menor de 16 años, en grado de tentativa, de los arts. 183.2 y 3 y 62 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, con la pena de ocho años y seis meses de prisión, e inhabilitación especial de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se solicita la pena de prohibición de aproximación a menos de 1.000 metros de la víctima y comunicar con ella por cualquier medio por un tiempo de seis años superior a la pena de prisión que se le imponga (artículo 57.1.2 CP) y a la libertad vigilada por tiempo de cinco años, del art. 192 CP . Costas.

En concepto de responsabilidad civil, deberá indemnizar al representante legal de Clara en la cantidad de 6.000 euros por daño moral, con aplicación de intereses legales. Costas de la acusación particular.

La defensa procesal del Sr. Epifanio , por su parte, elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, solicitando la libre absolución del mismo. De manera subsidiaria y para el caso de pronunciamiento de condena, de igual manera que las acusaciones en los hechos pero añadiendo que el acusado había consumido cocaína y abundante alcohol, teniendo seriamente disminuidas sus facultades intelectivas y volitivas, y en fecha 8 de abril de 2019, consignó la cantidad de 3.000 euros en concepto de responsabilidad civil; que se apreciara la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de intoxicación etílica y de drogas tóxicas del art. 20.2 CP y la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP y pena de 9 meses de prisión, con accesoria y pena de prohibición de comunicar con la víctima por tiempo de cinco años, por tiempo superior al de la pena.

Cuarto: Evacuados los informes en apoyo de las respectivas pretensiones, se concedió la última palabra al acusado, declarándose a continuación el juicio visto para sentencia.

Hechos probados

De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral de conformidad a los principios de oralidad, contradicción e igualdad de armas, ha quedado acreditado:

El procesado Epifanio , nacido el NUM007 de 1993, en el Salvador, con residencia legal en España, carente de antecedentes penales, vivía en compañía de su pareja y de su prima, Clara , de 15 años de edad, la cual estaba en España desde hacía tres años. Clara residía con Epifanio y su pareja desde hacía unas tres semanas, cuando el día 6 de noviembre de 2017, sobre las 06:00 horas, coincidiendo con que la menor se iba a levantar para prepararse para ir al colegio, el procesado Epifanio entró al dormitorio de Clara , desnudo y se acostó en la cama con Clara , la cual le preguntó que qué hacía, contestándole Epifanio que, quería estar con ella y abrazándola. Clara se levantó de la cama y se fue al baño a ducharse. Cuando había terminado de ducharse y se estaba secando, el procesado entró en el cuarto de baño, dirigiéndose a Clara e intentó quitarle la toalla, intentó tocarla, forcejeando con ella hasta que le quitó la toalla. Clara consiguió salir del baño, se fue a la habitación, poniéndose tras la puerta, siguiéndola hasta allí el procesado, el cual logró entrar y cogió a Clara por la fuerza, la llevó a la cama poniéndose sobre ella, intentando abrirla las piernas, con intención de penetrarla, mientras ella pedía que no la hiciera nada. Logró empujar con fuerza Clara a Epifanio , el cual se golpeó en la cabeza con la litera de arriba lo que aprovechó Clara para escaparse, pero Epifanio la cogió por la fuerza otra vez en el pasillo y la llevó a la habitación de Epifanio , tumbándola en la cama e intentando otra vez penetrarla mientras le decía que no le haría daño. Clara consiguió de nuevo empujar al procesado y salir de la habitación y de la casa, al tiempo que gritaba pidiendo ayuda. Una vecina de la escalera le abrió la puerta y la socorrió, mientras Clara estaba desnuda, facilitándole la ropa necesaria para vestirse. La vecina llamó a la policía,



compareciendo agentes de Guardia Urbana de Barcelona, quienes detuvieron al procesado y trasladaron a Clara al HOSPITAL000 . A consecuencia de estos hechos, Clara no presentó lesiones físicas externas.

El Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona dictó auto el día 11 de noviembre de 2017 acordando la prohibición de que el procesado se aproximara a Clara a menos de 1000 metros o comunicarse con ella por cualquier medio, que se encuentra vigente en la actualidad.

La Generalitat de Catalunya declaró el desamparo preventivo de la menor con asunción de su tutela.

El acusado había ingerido previamente alcohol teniendo levemente afectadas sus condiciones psicofísicas.

El acusado el día 9 de abril de 2019 consignó la cantidad de 3.000 euros para que fueran entregados a Clara .

Justificación Probatoria

Primero: La anterior declaración de hechos probados se basa en la prueba plenaria practicada en condiciones óptimas de contradicción, igualdad de armas e inmediatez cuyo resultado, permite, de manera sustancial, establecer la realidad de los hechos justiciables que han sido objeto de acusación y la participación activa y directa del acusado en los mismos, lo que permite destruir la declaración de inocencia del mismo en los términos que se precisaran en el apartado correspondiente a la calificación jurídica.

El cuadro probatorio se presenta variado, en cuanto a los medios de prueba que lo integran. Para la identificación de los elementos que conforman el cuadro probatorio cabe partir de una clasificación entre medios primarios y medios secundarios de reconstrucción. Entre los primeros, se encuentran las declaraciones del procesado, Sr. Epifanio y la declaración de la testigo, Sra. Clara .

Dentro del segundo grupo aparecen las declaraciones testificales (Sabina y agentes de Guardia Urbana de Barcelona), las declaraciones plenarias de los médicos del HOSPITAL000 y la prueba documental propuesta.

Dicha clasificación responde, en esencia, a un criterio cualitativo de potencialidad probatoria. Atendiendo a los hechos justiciables introducidos en los respectivos escritos de acusación y defensa, resulta evidente que su prueba depende, en gran medida, del valor acreditativo que otorguemos al testimonio de la persona que de manera directa afirma la realidad de los mismos y, en lógica alternativa probatoria, de quien los niega. Los medios secundarios vendrían a suministrar información relevante para la corroboración de los testimonios primarios pero carecerían de idoneidad acreditativa, por sí mismos, para fundar, exclusivamente, sobre sus resultados, la declaración de condena pretendida por las acusaciones.

Identificado el cuadro probatorio, ha de partirse de la idea de que la prueba suficiente que reclama la Jurisprudencia Constitucional para enervar la presunción de inocencia puede venir integrada, exclusivamente, por la declaración testifical de la víctima, siempre que permita reconstruir tanto la existencia del hecho punible como la concreta participación en el mismo del acusado. En supuestos como el que nos ocupa, en los que el cuadro probatorio sobre el que se sostiene la acusación viene determinado, esencialmente, por el testimonio de la persona que se dice ser víctima, en particular en delitos de índole sexual, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo reclama un exigente programa de valoración/validación del testimonio (vid. por todas, la interesante STS 16 de mayo de 2003) que implica la necesidad de someterlo a un doble test de credibilidad objetiva y de verosimilitud subjetiva, cuyos concretos ítems pasan por la identificación de las circunstancias psicofísicas del testigo; del contexto psico-socio-cultural en el que se desenvuelve; de las relaciones que le vinculaban con el inculpado; del grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; de la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; de la persistencia en la voluntad inculpativa; de la constancia en la narración de los hechos y de la correlativa ausencia de modificaciones o alteraciones en lo que se describe; de la concreción o de la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo atendiendo a las circunstancias concretas; de la coherencia interna y externa del relato, en particular su compatibilidad "fenomenológica" con otros hechos o circunstancias espacio-temporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba.

Desde dicha propuesta metodológica debe afirmarse, con contundencia, su valor inculpativo para declarar tanto la existencia del hecho punible como la participación del acusado en el mismo.

Como prueba de cargo principal encontramos la declaración de la Sra. Clara , folios 115 y ss, que tuvo que ser reproducida por aplicación del art. 730 LECr , debido a que no pudo ser localizada para la segunda sesión de fecha 8 de mayo de 2019, con lo que sí nos encontramos ante uno de los supuestos que establece la Ley para acceder a la diligencias de instrucción, como la declaración de la Sra. Clara , pues además estaban presentes todas las partes, con lo que hubo pleno respeto a los principios de contradicción y defensa. No se atendió a la oposición del letrado de la defensa pues la Ley no exige que para la reproducción en juicio de declaraciones de testigos, éstas sean practicadas en sede de instrucción con el carácter de preconstituidas, con lo que se



cumplió con la Ley de manera escrupulosa. Hubo que interrumpir la primera sesión en base al art. 746 LECr que establece que en caso de incomparecencia de alguno de los testigos de las partes, una vez practicada parte de la prueba, se puede acordar la suspensión, y así se decidió pues, no pudo comparecer también al día 9 de abril de 2019, la primera sesión, la testigo Sabina , al estar hospitalizada. En la declaración de instrucción, la menor relató que su primo vino a casa cuando ella estaba a punto de levantarse para ir al colegio. Entró desnudo en su habitación, que le dijo que quería estar con ella. Se quedó a su lado y entonces ella se fue a duchar. Cuando se estaba secando, el acusado entró en el baño, y comenzaron a forcejear para quitarle la toalla, consiguiéndolo. Se pudo ir a la habitación y cerrar la puerta. Consiguió entrar el acusado en la habitación, la tiró encima de la cama e intentó abrirla las piernas, que intentaba taparse. Que consiguió tirarlo para detrás y entonces, el acusado se golpeó la cabeza con la litera de arriba. Logró salir de la habitación pero el acusado la volvió a coger y la llevó a su habitación, le volvió a abrir las piernas, que le pedía que no la hiciera nada, que pedía ayuda. Como pudo, le dio patadas, le tiró al suelo y salió corriendo. Bajo las escaleras y empezó a gritar. Estaba desnuda, y entró en la casa de una señora. Cuando se le acercó su primo, olía mucho a alcohol, pero no se caía. Que lo que quería el acusado al abrirla las piernas era penetrarla. Intento tocarla cuando le quería quitar la toalla en el baño.

Prestó declaración Sabina , y dentro de lo relevante a efectos de enjuiciamiento, señaló que vivía en el bajo del mismo lugar donde se encontraba la niña. Escuchó gritos y golpes, que iba puerta a puerta. Pedía auxilio. Abrió la puerta y la nena se le tiró encima. Solamente pedía auxilio. Estaba totalmente desnuda y muy nerviosa. Le puso una bata, unas medias y unas zapatillas. Le dijo que estaba bañándose, que su hermano entró en el baño, la agarró y la sacó a la habitación y que quiso violarla. No se percató de que tuviera lesiones. Le dijo que el acusado no era malo con ella, que ese día estaba mareado, por unos tragos.

En este sentido, el testimonio de la Sra. Clara nos resulta, en lo nuclear, plenamente fiable. Su declaración de instrucción acredita un especial esfuerzo de objetividad, descartándose cualquier intento de exageración o de sobrecriminalización del relato. El testimonio, prestado en razonables condiciones metodológicas contradictorias, al estar presentes todas las partes en presencia de juez, fue firme y concordante con lo que narró la señora Sabina , persona que la auxilió instantes después de los hechos.

La presente sentencia no trata de valorar la testifical de la Sra. Clara bajo los indicadores jurisprudenciales de "verosimilitud", "ausencia de incredibilidad subjetiva" y "persistencia en la incriminación", con mero automatismo. El testimonio dado en instrucción por la Sra. Clara fue concordante en todo momento con cuantas personas le recibieron declaración. Primero la Sra. Sabina que la auxilió cuando se encontraba desnuda en la escalera del edificio, luego con los agentes de GUB y los médicos del Hospital para finalmente, en sede de instrucción, narrar de manera objetiva lo que aconteció el día de autos. Su declaración en instrucción es prolija en detalles, concienzuda, sin saltos temporales, reconociendo que su primo se había portado correctamente con ella en esas tres semanas y que aquel día parecía haber consumido alcohol, pero sin caerse. Hay por tanto versosimilitud en cuanto al devenir de los acontecimientos aquella noche, con reclamo de Sabina , presencia de los agentes policiales, persistencia en la incriminación, relato inalterado en todo momento y credibilidad subjetiva, pues no hay móvil espurio que se haya probado.

Evidentemente, en el relato de hechos probados se adviera una violencia física sobre la menor, el cogerla por la fuerza para llevarla a dos estancias distintas, el intentar, nuevamente, con el uso de la fuerza, tumbarla en las camas, el abrirla las piernas para penetrarla, circunstancia que dejó clara la testigo en su declaración.

Frente a cualquier duda que se presente en el caso, hay que valorar la declaración del acusado, quien en el ejercicio de su derecho de defensa relató una versión fáctica de descargo, que no solo no logró la convicción del tribunal sino que sirvió para asentar la solidez de la declaración plenaria de la Sra. Clara . Por tanto, la fuente de conocimiento de los actos de intento de forzamiento violento viene dada, insistimos, por un lado, por la versión de la Sra. Clara (quien describió con claridad que después negarse a quitarse la toalla en el baño, el acusado la llevó por la fuerza, hasta en dos ocasiones, a las habitaciones, la tiró sobre las camas e intentó abrirla las piernas con evidente intención de penetrarla) y por otro, por la declaración plenaria del acusado Sr. Epifanio (quien manifestó no recordar nada de aquella noche desde que había consumido alcohol y varios gramos de cocaína para después, cambiar la versión, y narrar que era cierto que había estado con otra mujer, quien le había llamado pero que al final se fue de su casa, para luego no tener recuerdo cómo fue desde esa casa (hechos que han sido objeto de denuncia por otro delito contra la libertad sexual de otra persona) a la suya propia. Es inverosímil esta versión pues no se corresponde con el comportamiento del acusado sobre una menor de edad, prima suya, y con su comportamiento ante los agentes de la GUB, vistiéndose él mismo y yendo a comisaría por su propio pie, amén de que no ha acreditado que aquella noche en concreto hubiera consumido cocaína y menos aún, en grandes cantidades, pues ningún amigo del acusado declaró en el plenario para acreditar este extremo.



Insistimos, el testimonio de la Sra. Clara nos parece esencialmente fiable, pese a las alegaciones efectuadas por la defensa del acusado. Es precisamente el concepto de fiabilidad de la información, como calidad epistémica, el que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (vid. STEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011) para identificar el estándar de suficiencia de la información aportada por el testigo fuera del proceso y en condiciones no contradictorias para enervar la presunción de inocencia. Resulta mucho más consecuente con las exigencias cognitivo-materiales derivadas del principio de presunción de inocencia poner el acento en la fiabilidad de la información transmitida más que en la credibilidad del testigo, como juicio de valor personal (STC 75/2013, de 8 de abril). Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado, mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado, por lo tanto más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero (lo fiable) exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo (lo creíble) favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales.

Y en este sentido, no puede olvidarse que la fiabilidad, como elemento para otorgar valor reconstructivo a la información suministrada por un testigo, se nutre en muy buena medida del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que han quedado acreditadas. Entre estas, desde luego, también aparece la credibilidad personal de la testigo que no puede ser, por tanto, un elemento ajeno, ni mucho menos, a la valoración de la información suministrada, pero no la agota. De ahí que no quepa aplicar soluciones de tipo estandarizado que obliguen a excluir la información testifical por la simple identificación de impersistencias o incoherencias actitudinales o tachas de credibilidad subjetiva en el testigo que la aporta. Algunas, en efecto, pueden ser de tanta entidad que neutralicen todo atisbo de credibilidad. Otras, por contra, si bien la afectan no neutralizan los rendimientos reconstructivos si al tiempo puede identificarse un grado de compatibilidad corroborativa razonable con los resultados que arroja el cuadro de prueba. Precisamente, la idea de "cuadro", la necesidad de atender a un "esquema en red" de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios penales practicados es lo que permite extraer valoraciones materiales y razones justificativas comunicables de tipo cognitivo. Toda reconstrucción probatoria arroja sombras de dudas, espacios fácticos que resultan de imposible reproducción. Pero la cuestión esencial reside en determinar sus efectos sobre la convicción judicial. Esto es, si dichas incertezas impiden a los jueces justificar de forma cognitiva la hipótesis acusatoria ya sea por ausencia de prueba sobre elementos fácticos esenciales sobre la que aquélla se apoya ya sea porque los medios utilizados para ello vienen afectados de un racional déficit de habilidad reconstructiva ya sea porque se acredite que lo relatado es subjetivamente inverosímil o porque a la luz de las otras pruebas resulta fenomenológicamente imposible.

Desde esta perspectiva, no podemos asumir que por el mero hecho de que la testigo se encuentre en paradero desconocido porque haya huido del centro de acogida, ello implique que no quiere corroborar lo manifestado en sede de instrucción. No responde de esta manera el moderno derecho penal español que habilita la técnica del art. 730 LECr para corregir eventuales situaciones como la acontecida en el plenario a fin de garantizar la recta aplicación del Ordenamiento Jurídico y la protección de los derechos fundamentales de las personas.

El testimonio de la Sra. Clara encuentra pleno sustento en todas sus esferas, temporales y espaciales, debido a que se escucharon gritos y ello alertó a la Sra. Sabina , quien auxilió a la menor de edad, que iba desnuda requiriendo ayuda. Inmediatamente después aparecen los agentes de Guardia Urbana de Barcelona quienes ven a la menor en estado de excitación y nerviosismo, y encuentran y detienen al acusado en el piso donde decía la menor que estaba, dormido sobre su cama.

La versión fáctica ofrecida por la Sra. Clara se ve reforzada de manera clara por el resto de medios que conformaron el cuadro de prueba. Así, en relación con el testimonio de los agentes policiales, los mismos aportaron datos valiosos acerca de lo visto y oído directamente por ellos cuanto se personaron en el piso, datos que sirven para corroborar la tesis sostenida por la Sra. Clara , no por su carga referencial sino, precisamente, en consideración a que tales datos informativos que suministraron los policías lo por su percepción directa ("auditio propio") de las circunstancias concurrentes. Prestó declaración el agente de Guardia Urbana de Barcelona nº NUM000 y manifestó que entró una llamada sobre una supuesta violencia doméstica. Al llegar se entrevistaron con una vecina del segundo y les dijo que una chica se había ido al bajo. Se fueron al bajo y vieron a una chica que estaba con un albornoz. Que había entrado desnuda. La vecina les dijo, la primera, la del segundo, había escuchado gritos de ayuda. La niña de quince años estaba en estado de shock. Que su primo le había intentado violar en la ducha. Le dio total credibilidad. Entraron en el domicilio del acusado, que estaba en la cama, en calzoncillos. Le preguntamos sobre los hechos y no les dijo nada, no contestó. Se visitó correctamente, no detectando signo de embriaguez. La menor no les dijo nada sobre el estado del acusado.



Prestó declaración el agente de GUB nº NUM001 y manifestó que entró una llamada sobre violencia sobre la mujer. Narró que le habían intentado agredir un familiar. Entraron al piso con la puerta abierta, y estaba en el dormitorio en ropa interior. Le informaron sobre los hechos y de la detención. Estaba tranquilo. No dijo nada. No apreció que estuviera bajo los efectos del alcohol sino que se acababa de despertar. A él no le comentó la niña que el acusado estaba bajo los efectos del alcohol.

Prestó declaración la agente de GUB nº NUM003 y señaló que le llamaron del HOSPITAL000 y como patrulla con componente femenino, les requirieron para que tomaran declaración a la niña. Les dijo que estaba durmiendo, que llegó un primo, que le abrazó, que solo era un momento, se escapó al lavabo, que entró, que le quitó la toalla, y que de alguna manera va a conseguir escaparse. Les tocaba el pecho, los glúteos, que le intentó penetrar en la cama y en el lavabo, que le dio patadas y que pudo escapar. Finalmente, declaró el agente de GUB nº NUM002 y manifestó que se dirigieron al hospital y le tomaron declaración a la menor. Había una facultativa presente. Se remitía a la declaración recogida. Les dijo que el acusado hacía mucho olor a alcohol.

Se tuvo por renunciado al agente de GUB nº NUM004 .

Por su parte, la declaración de los médico-forenses, Dr. Carmelo y Dr. Cipriano , médicos del HOSPITAL000 , sirvió para averiguar que la niña estaba tranquila, sin hallazgos de lesión física. Manifestaron que estaba preocupada por lo sucedido. Ella les manifestó que el acusado estaba bajo los efectos del alcohol. En los muslos no encontraron hematoma.

La sala contó también con la propia versión exculpatoria del acusado, quien, advertido oportunamente de los derechos inherentes a su estatus de acusado manifestó que salió a jugar al fútbol y que bebió cerveza y tomó cocaína. No recordaba nada salvo que estaba bebiendo alcohol y se despertó en una celda. Clara es su prima. Ganaba unos 1.000 euros. No recordaba haber entrado en el dormitorio, en el cuarto de baño. Piensa que estaba demasiado pasado de alcohol y cocaína, en relación a los hechos. Sobre la 01:00 o 01:30 de la madrugada estuvo con otra mujer, que le invitó a su casa. Que llamó ella, y que no recuerda cómo se fue de la casa. Consumió medio gramo de cocaína propio y de los amigos. Ese día consumió muchísima más cocaína.

Así las cosas, la versión fáctica exculpatoria ofrecida por el Sr. Epifanio se limita a no reconocer los hechos basándose en la falta de recuerdo, falta de recuerdo que en principio abarcaba desde que dejó a sus amigos hasta que despertó en una celda para, después, acordarse desde que salió de la casa de una mujer, sobre la una de la madrugada hasta que despertó en una celda. Esa falta de recuerdo no solo choca de manera frontal con el resultado obtenido a través del resto de medios de prueba que conformaron el cuadro de prueba sino que además sirve para corroborar por su parte la fuerza incriminadora del testimonio de aquella. A estos efectos, debe recordarse que la explicación absurda o increíble del inculpado sobre la presencia en el lugar del crimen, sobre la tenencia de instrumentos del mismo o sobre la posesión de sus efectos, puede ser objeto de valoración probatoria y si bien no puede fundar por sí misma la convicción de culpabilidad, sí puede ser utilizada, razonablemente, para reforzar la propia cadena de los indicios que conforman la inferencia, sin que ello suponga lesión alguna del derecho fundamental a la no autoincriminación, tal como ha venido a establecer con claridad tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 56/96 , 24/97) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Murray contra Reino Unido, de 8 de febrero de 1996 ; caso Averill contra reino Unido, de 6 de junio de 2000). Pues bien, como decimos, dichas manifestaciones autoexculpatorias, paradójicamente, nutren de elementos corroborativos a la versión de la testigo de cargo debido a que es inverosímil que no tenga ningún recuerdo cuando habló con la víctima para decirle que quería estar con ella, para luego reconocer a los agentes de la autoridad, vestirse delante de ellos y acompañarles tranquilamente.

Como venimos justificando, todo este cuadro de prueba permite fundar una certeza acerca de la realidad de los hechos justiciables y de la participación activa y directa del acusado Sr. Epifanio en los mismos. Consideramos por ello que la declaración de hechos probados en los términos que se precisan responde a una sólida base probatoria que permite enervar la presunción de inocencia del acusado, con las consecuencias jurídico-penales que se precisarán a continuación.

Fundamentos jurídicos

Primero: Los hechos que se declaran probados son constitutivos, por un lado, de un delito de abuso sexual del art.183.1 , 2 y 3 CP (en redacción actual, que castiga a quien realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. Cuando los hechos se comentan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las



dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado primero y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado segundo). Toda la conducta del acusado debe subsumirse dentro del tipo penal del art. 183.1. 2 y 3 CP , porque desarrolló el comportamiento violento y agresivo sobre una menor de quince años a fin de conseguir la penetración vía vaginal, estando en grado de tentativa acabada del artículo 62 CP .

En efecto, los hechos declarados probados suministran toda la información para poder afirmar que concurren todos los elementos objetivos y subjetivos reclamados por el tipo penal aplicado. En este sentido, es esencial en este tipo delictivo es la realización de actos de contenido sexual y trascendencia libidinosa sin contar con el consentimiento libre de la persona sometido a ellos, con el uso de la violencia física y para la penetración vía vaginal. La conducta del acusado reunió todos los elementos de adecuación para la lesión del bien jurídico protegido, en este caso, la libertad sexual de la menor, quien se vio afectada de forma evidente en su libertad de autodeterminación y libertad y su derecho a libre desarrollo en su esfera íntima y sexual se vieron sometidos al deseo sexual del acusado mediante múltiples actos de de violencia con un claro objetivo físico, en contra de su voluntad y perturbador de su intimidad personal y sexual.

La funcionalidad de la violencia como instrumento del acceso sexual permite subsumir de plano la conducta en el tipo del artículo 183.1 , 2 y 3. CP . El acometimiento sexual se produjo en condiciones tales que no solo descartan cualquier atisbo de consentimiento sino que el elemento de la fuerza física empleada contra la víctima se presenta como mecanismo esencial para la obtención del resultado prohibido. Ha existido una acción típica, abarcada directamente por el dolo del autor, con un componente de indubitada lesividad del bien jurídico protegido. La libertad sexual de la Sra. Clara fue objeto de un injusto quebranto por parte del acusado, siendo su cuerpo sometido al deseo sexual de este mediante actos de acometimiento físico agresivo.

El fin último perseguido por el acusado no se consiguió por lo que el delito se considera intentado, con una tentativa acabada, puesto que el fin delictivo no se alcanzó debido a la fuerza con la que se defendió la Sra. Clara , quitándose de encima hasta en dos ocasiones al acusado, quien de haber logrado vencer la resistencia de la menor, la hubiere penetrado sin duda alguna, tal y como manifestó la menor.

Segundo: Del anterior hecho delictivo es autor del artículo 28 CP , el acusado, Sr. Epifanio .

Tercero: Concorre en el presente caso la atenuante analógica de embriaguez por cuanto del testimonio de la menor se colige que el acusado había ingerido bebidas alcohólicas, sin poder determinar que hubiera más que una leve afectación en sus facultades psicofísicas. No puede prosperar, como es evidente, por falta de rendimiento probatorio a la prueba documental y testifical de autos de la eximente incompleta de consumo de tóxicos y de consumo de alcohol debido a que no hay informe médico que así lo afirme e incluso el informe de autos sobre que el acusado es consumidor de cocaína no sirve para establecer lo que pretendía la defensa, una anulación semiplena de las facultades del acusado, circunstancia que ya advertimos que no existió pues identificó claramente a su prima, le espetó que quería estar con ella, la persiguió por toda la casa y después, ante la presencia de los agentes de la autoridad, se procedió a vestir de manera correcta.

En cuanto a la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 CP procede su estimación como simple ya que se ha acreditado el abono de la cantidad de 3.000 euros que obra en la cuenta de consignaciones y que es la cantidad que solicitó el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación como responsabilidad civil para la reparación del daño, cantidad que inferior a la peticionada por la acusación particular en 6.000 euros. No se aplica como cualificada porque no alcanzó la cantidad plena solicitada por la acusación particular y porque se consignó en fecha 09/04/2019, no habiendo un plus en la intención verdadera de reparar el daño en la víctima ya que de haberlo realmente se hubiera consignado con mucha antelación.

Cuarto: Por lo que se refiere al juicio de punibilidad debemos partir para la determinación de la pena puntual de la aplicación de la regla prevenida en el art.66.1 2º CP que permite la rebaja de la pena en uno o dos grados cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, atendiendo el número y entidad de dichas circunstancias atenuantes. Sentado lo anterior, y en plano descendente a la individualización concreta de la pena, la sala estima más adecuada a los marcadores de antijuridicidad, tanto de acción como de resultado, optar por la imposición de la pena en grado medio. El marco penal inicial se sitúa entre los 12 a 15 años de prisión. Al ser una tentativa acabada hay que bajar la pena en un grado, marco penal de 6 a 12 años de prisión. Con la aplicación de las dos atenuantes y estimando que lo adecuado y procedente es la rebaja en un grado porque las atenuantes no son de tal entidad e importancia que permitan la rebaja en dos grados, el marco penal final es de 3 años y un día a 6 años de prisión. El grado medio se sitúa en 4 años y 6 meses de prisión.

Por un lado, por las circunstancias de producción se identifica un plus de ofensividad diferenciado del exigido en términos de estricta tipicidad porque la conducta se dirigió hacia su prima, la cual era de su familia y dependía del mismo para tener un techo donde poder vivir por su estado evidente de necesidad. Por tanto, el acometimiento implicó una indudable afectación de la libertad sexual, cosificando a la Sra. Clara y rebajándole



a un mero instrumento de satisfacción de su apetito sexual. Con ello no cabe duda que no solo se lesionó el bien jurídico de la libertad sexual sino que se despreció el valor de la dignidad personal de la víctima.

Por otro lado, no podemos dejar de tomar en cuenta la gravedad de la conducta desde la perspectiva de las consecuencias victimizadoras, y desde esta perspectiva creemos que el desvalor de resultado fue particularmente intenso, pues como consecuencia de la acción la menor fue objeto lesiones psicológicas y morales evidentes, máxime cuando tuvo que ser declarada en desamparo y tomada bajo la tutela de la Generalitat de Catalunya.

En consecuencia, fijamos la pena por el delito de agresión sexual en 4 años y seis meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo mientras dure la condena y el establecimiento, también, de un marco de consecuencias penales accesorias tendente a la protección de la víctima, Sra. Clara , que se concreta en la prohibición de toda aproximación a una distancia inferior a 1.000 metros y de comunicación por cualquier medio, informático, telemático o electrónico, o por contacto escrito, verbal o visual por un periodo de cinco años.

Creemos que la respuesta punitiva en este caso se adecua a las exigencias de proporcionalidad, por un lado, y de culpabilidad, por otro, con los relevantes fines específicos de protección en juego, en particular el derecho de la víctima a un adecuado nivel de seguridad, que se convierten en una verdadera obligación positiva para los Estados, tal como proclama el TEDH, (entre otras, SSTEDH, caso Opuz c. Turquía de 9 de junio de 2009 ; caso E.S c. Eslovaquia, de 15 de septiembre de 2009 ; caso Kaluzca c. Hungría, de 24 de abril de 2012).

Finalmente, no podemos dejar de tomar en consideración la procedencia de imponer al acusado, además, la pena de libertad vigilada al amparo del art.192 CP por tiempo de cinco años.

No procede la inhabilitación absoluta al no ser pena superior a diez años de prisión y no haberse explicado por la acusación pública la necesidad de esta privación de derecho distinta a la usual que es la inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Quinto: Toda persona criminalmente responsable, lo es también civilmente. En el caso que nos ocupa, no cabe duda de la obligación resarcitoria que incumbe al acusado, cuyo objeto es el quebranto causado a la Sra. Clara . La naturaleza extrapatrimonial del daño no impide su resarcimiento, si bien, ciertamente, dificulta su cuantificación pues, a salvo los supuestos legalmente baremizados, los jueces sólo vienen limitados por la pretensión de las partes y por criterios, a veces, en efecto, difusos y poco cognitivos, de racionalidad social o de prohibición del injusto resarcimiento.

El caso que nos ocupa la lesión de la libertad sexual resulta, desde el punto de vista ontológico, obvia e irreparable. Resulta evidente, desde las máximas de experiencia social y técnica de las que disponemos como jueces, que la situación de agresión sexual a la que la Sra. Clara se vio sometida le supuso, amén de un ataque inadmisibles a su libertad sexual, un quebranto de su dignidad como persona. Ahora bien, tal y como se ha dicho, la ausencia de toda labor indagatoria sobre las consecuencias psíquicas y morales que la agresión sufrida causó o pudo causar sobre la esfera personal de la Sra. Clara impide fijar base alguna para su cuantificación en términos económicos.

Por eso, en el caso que nos ocupa, la referida irresarcibilidad ontológica del daño moral causado, no impide fijar, como mecanismo compensatorio, la cantidad de 3.000 €.

Séptimo: Tal y como dispone el artículo 109 Lecrim y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo Europeo, de 25 de octubre de 2012, relativa a las normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección a las víctimas de delitos, así como el art.7 de la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito , la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Clara .

Octavo: En cuanto a las costas del proceso, se imponen al Sr. Epifanio incluidas las de la acusación particular que fueron exigidas formalmente.

Parte dispositiva

De lo expuesto, fallamos:

Que debemos **condenar y condenamos** a Epifanio como autor de un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años, en grado de tentativa del art.183.1 , 2 y 3 CP , en relación con el art. 62 CP , con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de embriaguez y la atenuante simple de reparación del daño, ya definidas, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio mientras dure la condena, así como la pena de prohibición de acercamiento a una distancia no inferior a 1.000 metros



respecto de la Sra. Clara , su domicilio o lugar donde esta se encontrara, durante un periodo de cinco años, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento e igual periodo de tiempo.

Imponemos además al acusado la pena de libertad vigilada por un plazo de cinco años.

En concepto de responsabilidad civil, condenamos al Sr. Epifanio a fin de que indemnice a la Sra. Clara en la cantidad de 3.000 euros, cantidad que devengará los intereses legales correspondientes. Procédase al abono de la cantidad de 3.000 euros que obran en la cuenta de consignaciones del Juzgado a la Sra. Clara .

Condenamos al Sr. Epifanio al pago de las costas judiciales, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese la presente resolución a las partes, dándose traslado personal a la Sra. Clara .

Esta sentencia no es firme y contra ella pueden interponerse recurso de apelación, preparándolos mediante escrito presentado en este Tribunal dentro del plazo de cinco días siguientes al de la última notificación.

Esta es nuestra sentencia que firmamos y ordenamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ