



Roj: **SAP B 14584/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:14584**

Id Cendoj: **08019370102019100591**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **28/10/2019**

Nº de Recurso: **11/2005**

Nº de Resolución: **687/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **MARIA VANESA RIVA ANIES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMA

Rollo núm. 11/2005

Sumario 1/2004

Juzgado de Instrucción núm. 11 de Barcelona

S E N T E N C I A No. 687/2019

Ilmas Magistradas

Sra. MONTSERRAT COMAS DARGEMIR CENDRA

Sra. M^a VANESA RIVA ANIES

Sra. INMACULADA VACAS MARQUEZ

En Barcelona 28 de octubre de 2019

VISTA, en juicio oral y público ante la SECCION DECIMA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, la presente causa arriba referenciada, seguida por un delito de AGRESIÓN SEXUAL contra Estanislao mayor de edad sin antecedentes penales nacionalidad española, representado por la Procurador Sr Turrado Martín- Maro asistido de la Letrada Sra. Alcolea Torrano siendo parte acusadora el MINISTERIO FISCAL y Candelaria representada por la Procuradora Sra. Bordell Sarro y asistido del Letrado Sr Pretel Romero.

Es ponente la Magistrada Sra. M^a VANESA RIVA ANIES, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La anterior causa fue turnada a esta sección de la Audiencia para su enjuiciamiento procedente del Juzgado de Instrucción nº 11 de Barcelona.

El 1 de junio de 2006 se convocó a las partes a juicio oral. A dicho acto no acudió el acusado, el cual no había podido ser citado con anterioridad puesto que en la dirección que había facilitado no se le pudo citar.

Se dictó auto el 1 de junio de 2006 por el que se acordaba la prisión provisional al encontrarse en ignorado paradero, se acordó en la parte dispositiva de dicho auto que se librasen las oportunas órdenes a los Cuerpos de Policía. Dichas órdenes no se introdujeron en las bases policiales. El 10 de abril de 2019 se descubre dicha situación, y se introduce en el sistema la orden de búsqueda y entrada en prisión. Se procede a la detención del acusado el 25 de junio de 2019 y el 28 de junio de 2019 se acuerda por este Tribunal la puesta en libertad y la citación a juicio.

Tras los trámites legales oportunos se citó a las partes a la vista de juicio oral el 26 de septiembre de 2019..

El día de la vista las partes manifestaron que no existían cuestiones previas.



Tras lo cual se practicó toda la prueba propuesta y admitida excepto la renunciada con el resultado que consta en acta que ha sido grabado en el sistema de grabación Arconte.

El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas modificó la conclusión cuarta introduciendo la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP y calificó los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual de los arts 178 y 179 del CO solicitó la pena de 2 años de prisión con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Como responsabilidad civil el acusado indemnizará a Candelaria en la cantidad de 24.000 euros por los daños morales.

La acusación particular solicitó fuese condenado el acusado como autor de un delito de agresión sexual del art. 180.1 y 3 en relación con el art. 178 y 179 del CO a la pena de 12 años de prisión e inhabilitación durante el tiempo de condena, así como la prohibición de acudir a la población de la menor, durante cinco años.

Como responsabilidad civil el acusado indemnizará a la perjudicada en la cantidad de 24.000 euros por las secuelas causadas.

SEGUNDO.- La defensa elevó a definitivas sus conclusiones provisionales y solicitó se dictase sentencia absolutoria.

Tras lo cual se celebró el juicio quedando los autos y tras el trámite de última palabra vistos para sentencia.

II. HECHOS PROBADOS

UNICO.- Sobre las 0,45 horas del día 7 de diciembre de 2003 se encontraba Candelaria nacida el NUM000 /1987, de 15 años de edad, en la discoteca " DIRECCION000 " sita en la zona del DIRECCION001 . Dicha discoteca tenía restringida la entrada a mayores de 18 años, por lo que la menor consiguió entrara acompañada de su hermano y la novia de su hermano mayor de edad y una amiga.

En dicha discoteca se encontraba también Estanislao de 19 años de edad. Candelaria y Estanislao se conocieron , entablaron una conversación y comenzaron a bailar en la discoteca. Al poco tiempo Estanislao dijo que le acompañara a fuera a fumar un cigarro, lo que Candelaria aceptó. Una vez fuera, y ambos de común acuerdo, se dirigieron a los servicios públicos que hay en la puerta de la discoteca.

Candelaria había ingerido alcohol.

Se introdujeron en el servicio adaptado para personas con diversidad funcional. Una vez dentro cerraron el pestillo y se comenzaron a besar y tocar. Tras ello Estanislao se sentó en el inodoro, se bajó los pantalones y Candelaria se puso encima y se subió la falda, y mantuvieron una relación sexual con penetración vaginal . Mientras esto sucedía llamaron en una ocasión a la puerta. Tras mantener dicha relación, Estanislao le pidió que le practicara una felación, que Candelaria hizo, sin que se haya acreditado que la hiciera sin su consentimiento ni que Estanislao la forzara a ello . Tras practicar la felación, volvieron a llamar a la puerta, y entonces ambos decidieron salir.

Tras ello Candelaria entró en la discoteca llorando y le contó a sus amigos lo sucedido, permaneciendo en la discoteca Estanislao hasta que llegó la Policía.

La causa ha estado parada por circunstancias ajenas al acusado desde el 1/06/2006 hasta el 10/04/2019.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A la relación de hechos probados se ha llegado partiendo del principio constitucional de presunción de inocencia proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española, la consiguiente necesidad de un mínimo de actividad probatoria de cargo en el juicio oral y tras apreciar en conciencia la prueba practicada, conforme determina el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conectado a las garantías prescritas por el artículo 120 de la Constitución Española y en virtud de lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para llegar por tanto a la relación de los hechos tal y como constan en hechos probados se ha practicado como prueba fundamental la declaración de la víctima y del acusado, las declaraciones de Sacramento , amiga de la denunciante, Salvadora , novia del hermano de la denunciante en la fecha de los hechos, la funcionario de la Policía Portuaria nº NUM001 , que actuó el día de los hechos.



Se ha practicado en el acto de la vista además la *pericial médico forense* elaborado por los doctores Sofía y Jose Ángel el 30 de mayo de 2005 (informe folios 230 y 231) y *pericial psicológico* aportado por la acusación particular y elaborada por la Psicóloga Teresa fecha (folios 223 y 224).

Antes de comenzar el examen de la prueba practicada debemos advertir que la vista se celebra 16 años después de que sucedieran los hechos, lo cual dificulta enormemente la percepción de los sucedido puesto que los testigos incluida la víctima no recuerda exactamente cómo sucedieron los hechos.

Partimos de varios hechos que no son controvertidos, puesto que la Denunciante y el acusado admiten y que son que ambos estaban en la discoteca el día de los hechos, que para entrar en dicha discoteca tenían que ser mayor de edad, que ambos iniciaron una conversación, que ambos salieron de la discoteca y que ambos de común acuerdo comenzaron a besarse, ambos de común acuerdo se introdujeron en un baño en el que por definición no podían entrar más personas y que cerraron la puerta con pestillo.

Es reconocido por ambos que mantuvieron dos relaciones sexuales dentro.

Debemos destacar que la denunciante en el acto de la vista no recuerda gran parte lo sucedido, porque explica que parte de la ayuda psicológica que ha recibido ha ido destinada a que olvide los hechos. Lo que puede asegurar es que el acusado le obligó a hacerle una felación. No nos adentramos en este momento en este aspecto porque estamos destacando sólo lo que no es controvertido. En todo caso respecto a la relación sexual, según el acusado consistió en penetración vaginal y en una felación (que según explica respecto a la felación duro muy poco porque cuando llamaron a la puerta la segunda vez cesaron la relación). Afirma que en ningún momento pudo pensar que no era consentida la relación porque ella no se lo dijo y además mantuvo una posición activa, desde el punto de vista que para mantener la relación sexual con penetración vaginal ella se puso encima y se ayudó sujetándose al agarre que los lavabos de personas diversidad funcional tiene en los laterales. La denunciante como hemos dicho no recuerda, pero en todo caso en su día también narró una penetración vaginal aunque según dijo fue con los dedos.

Es indiferente al objeto de estudio, lo cierto es que ambos están de acuerdo o al menos estuvieron en su momento , en que hubo una relación sexual en la que hubo penetración vaginal y otra que consistió en una felación.

El problema se centra por tanto en el consentimiento, y más en concreto en la prueba del consentimiento, puesto que como ahora analizaremos, la denunciante niega que lo prestara.

Lo anterior nos lleva a examinar la declaración de la víctima, siguiendo los parámetros que el Tribunal Supremo viene estableciendo sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

En todo caso, estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

1.- El primer parámetro de valoración es la credibilidad subjetiva del testimonio (o ausencia de incredibilidad subjetiva).

La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan. O de la existencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En este sentido la denunciante no tiene ningún trastorno que impida o debilite su declaración así como la posibilidad de emitir un testimonio claro y razonado de los hechos. De la misma forma que la perjudicada no conocía al acusado por lo que no existe ningún móvil de resentimiento , venganza, enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad.

La defensa aduce que Candelaria antes de los hechos sufría una DIRECCION002 producida por la separación de sus padres y que este hecho podría haber influido en su declaración, por la necesidad de llamar la atención,



poniendo de relieve que en el primer informe que le hicieron en dependencias del HOSPITAL000 , por el profesional que lo atendió se exponía que Candelaria era inmadura, tenía cambios de humor.

La defensa pregunta reiteradamente a los profesionales que acuden al acto de la vista si creen que la menor podía o no fabular.

En este aspecto y tal como refieren los profesionales, Candelaria tenía quince años cuando sucedieron los hechos, a punto de cumplir los 16 por lo que a esa edad ya los menores no fabulan, distinguen perfectamente lo ocurrido de lo que no ha ocurrido.

Otra cosa diferente es si tiene algún trastorno que no le permita discernir de forma clara la realidad, que no es el caso. Candelaria era un menor con una madurez adecuada para su edad, con un problema afectivo por el hecho de la separación física con su padre, pero que no afectaba a su comportamiento.

El día del juicio todos los testigos, y la psicóloga doctora Sra Teresa convienen en afirmar que no creen que Candelaria se inventara el relato.

Y sabemos que el relato no es inventado en la parte que narra, que es la única que podemos valorar porque ambos coinciden en la existencia de la relación. El problema estribará en la prestación del consentimiento como abordaremos más adelante.

2.- El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el *análisis de su credibilidad objetiva*, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

Como luego explicaremos esta valoración la vamos a efectuar sólo en cuanto a la dinámica de la agresión, respecto a la autoría haremos la valoración se paradamente porque se hace necesaria confrontarla con otras pruebas practicadas.

Este parámetro es el esencial para la valoración de la prueba y en este caso como ya hemos advertido la denunciante en el acto de la vista no recuerda muchos aspectos de lo sucedido.

Narra los hechos de esta forma , dice que conoció al acusado, supone que se presentaron, no recuerda si le dijo la edad que tenía, pero reconoce que la entrada en la discoteca es para mayores de edad. No se besaron, bailaron, pero como no se oían salieron fuera de la discoteca. Él le cogió de la mano, y la llevó al lavabo, no se encontraba bien, estaba fatal porque había bebido.

El lavabo está fuera de la discoteca, no recuerda cerrar el pestillo. Pero entiende que estaba cerrado porque llamaban a la puerta. Entró voluntariamente.

Se sentía muy mal y estaba asustada, no recuerda lo que pasó, de pronto el acusado se volvió agresivo y se asustó , se quedó sin voz y se colapsó.

Recuerda que le tocó, se acuerda que cuando se fue se intentó vestir porque estaba llorando. No recuerda si hubo una relación sexual , si cree que le tocó más de la cuenta para ella. Le hizo una felación porque se lo pidió, pero no tiene la imagen, lo ha bloqueado en su cabeza.

No recuerda si le dijo que parara, solo que se quedó sin voz, se quedó sola en el lavabo, y luego volvió el acusado al lavabo la cogió y la acompañó hasta la discoteca.

Tenía las medias rotas y estaba llorando y su amiga Estela le dijo quién era y fue a por él.

De la versión mostrada por la víctima podemos dar por corroborada la relación sexual porque el acusado así lo reconoce , también que cuando entró en la discoteca estaba llorando y con las medias rotas, así lo declara su amiga Sacramento , que asegura que llegó a la discoteca llorando, con las medias rotas y asegurando que el acusado le había forzado, y también Salvadora , que a relata que volvió llorando y diciendo que le había forzado un chico, que llevaba las medias rotas y que iba desarreglada. Esta testigo también manifiesta que los había visto hablar en la pista de baile, y que ya le había advertido que no se fuera con él. Salvadora también afirma que le dijo la denunciante que se había quedado en shock y que una vez que le empezó a besar no le pudo decir que la dejara.

Sin embargo a diferencia de lo que manifiesta la denunciante afirma solo había bebido una copa.

Las acusaciones no introducen la declaración en instrucción que prestó la víctima, pero sí lo hace la defensa a través de sus preguntas. La declaración de la víctima se encuentra en el folio 39 de las actuaciones, es muy parecida a la que muestra el día de la vista con más detalles de la relación sexual. Si la leemos en cuanto a la prestación del consentimiento , afirmó que había bebido mucho, que se daba cuenta de lo que estaba haciendo



y que sabía que no estaba bien pero que no tenía fuerzas para apartarlo, que el lavabo donde entraron era de hombres y lo cerraron por dentro, que estaba de acuerdo con esto. Que cuando llamaron desde fuera del lavabo le dijo al denunciado que quería salir pero no pidió ayuda ni gritó, que cuando le quitó la ropa lo apartó, que estaba sentada encima del denunciado, que cree que se aprovechó de la denunciante, que todo lo que pensaba lo pensaba para dentro, que quería salir del lavabo.

Por tanto de lo manifestado en su momento, y lo que manifiesta en el acto de juicio, se deduce de forma clara que ella se sintió incómoda con la situación, que entró voluntariamente en el lavabo, pero que la relación sexual no quería mantenerla. El problema es determinar si se lo dijo al acusado, y en caso de que no se lo dijera como debemos interpretar el comportamiento del acusado.

De la explicación que ella ofrece en la vista y la que dijo en instrucción no podemos extraer la conclusión de que de forma rotunda le dijera al acusado que no quería mantener la relación sexual, ella misma de forma clara en el acto de la vista dice que no se lo dijo sino que estaba en estado de shock, y en instrucción afirma todo lo que pensaba lo "pensaba para dentro".

Esta conclusión es la que extraemos en cuanto a los hechos, la respuesta jurídica la analizaremos más adelante.

Por otro lado como corroboración periférica además viene derivada por una lado de la declaración de la Agente de la policía Portuaria que explica que Le avisaron de vigilancia del centro comercial, y que habló con los dos. La percepción que tuvo es que la denunciante había bebido, repetía mucho las cosas, pero no la encontró alterada si nerviosa. Según ella no era coherente con la situación, incluso en algún momento decía "¿pero está bueno?" (refiriéndose al acusado). Su sensación era que se les había ido de las manos, por las incoherencias. En todo caso independientemente de la sensación que haya tenido la Agente, lo que si acredita es que la denunciante mantuvo que el acusado había abusado de ella.

Por último y respecto al informe médico de urgencias, y el informe médico forense para casos de agresión sexual, son de contenido neutro, porque la denunciante no tenía lesiones. La existencia de lesiones en las zonas genitales pueden ser un indicio de violencia. Pero la no existencia no supone que no haya habido violencia o intimidación simplemente supone que no se han generado lesiones, es decir la resistencia o la oposición de la víctima, no puede medirse por la existencia o no de lesiones.

3.- *El tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima* consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

- a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones".
- b) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.
- c) Ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

En el caso presente si bien ya hemos afirmado que existe el problema del tiempo transcurrido en cuanto a la concreción de la declaración, sin embargo leyendo las dos declaraciones en su conjunto, podemos afirmar en parte que la víctima persiste en su declaración, y ello porque el día de la vista no puede narrar más que momentos muy concretos debido al tiempo transcurrido.

SEGUNDO.- Entendemos que los hechos sucedieron como hemos narrado en hechos probados, lo cual nos lleva a determinar, si existe delito contra la libertad sexual, es decir si la relación sexual se ha producido sin consentimiento de la víctima, o dicho consentimiento se encuentra viciado, (es decir se trata de un abuso sexual) y en el caso que la relación se haya obtenido sin dicho consentimiento, además ha existido violencia o intimidación (se trata de una agresión sexual).

En primer escollo que nos encontramos es el de poder determinar en qué consistió la "fuerza" que la declarante narra que utilizó el acusado para obtener el consentimiento en la relación sexual.

Ella desde el inicio manifestó que la habían " forzado ", así se lo dijo a su Salvadora , y la misma Salvadora lo repite en juicio. Al Tribunal le debe quedar acreditado ese forzamiento que alega la víctima en que consistió, pero ni ella en el acto de la vista lo explica, ni lo explicó en la instrucción, ni tampoco pueden relatarlo las personas que en primer lugar hablaron con ella.



Esta circunstancia hace que este caso no se pueda asimilar al que el Ministerio Fiscal en su informe considera que es parecido que es el que el *Tribunal Supremo* estudia en la sentencia 216/2019 de 24 de abril .

Debemos recalcar que los hechos que son estudio de este procedimiento son del año 2006, por lo tanto la redacción anterior de los delitos contra la libertad sexual, y en concreto el tipo del art. 183 del CP castigaba al que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años, que ahora con la redacción dada por la LO 1/2015 es a partir de 16 años. Por eso en el caso analizado el delito sería una agresión sexual del art. 178 y 179 del CP porque la víctima tenía más de 13 años. Si los hechos se cometieran a ahora estaríamos en un delito del art. 183 del CP por que la víctima tenía menos de 16 años.

Decimos esto porque la sentencia que analizamos aplica el código actual porque los hechos ocurrieron después de la entrada en vigor de la LO 1/2015.

Los hechos probados en lo que aquí interesa en esa sentencia establecen lo siguiente: "*.....Al mismo tiempo, se dirigió a los citados servicios el procesado accediendo al de caballeros tras la Sra. Mariana , en cuya compañía no había estado anteriormente, cerrando la puerta, accionando el pestillo, quedando así ambos en el interior del baño, de muy reducidas dimensiones.*

Mariana le preguntó qué estaba haciendo, diciéndole el acusado qué buena estás, tocando un pecho de aquella, la cintura y las nalgas por encima de la ropa, a pesar de que esta le decía que no lo hiciera.

El procesado desoyendo las negativas de Mariana y cogiéndola de los brazos, la colocó contra la pared, juntándose a ella, y, estando ambos de pie, le subió la falda, le bajó al medias y la braga y la penetró vaginalmente.

Seguidamente, José se sentó en el inodoro, y agarrando a la Sra. Mariana la atrajo hacia él, dándole la vuelta y colocándola sobre él, golpeándose esta en la frente contra la pared al darle esa vuelta el procesado, penetrándola este de nuevo vaginalmente, pidiéndole, por último, que le hiciere una felación, negándose Mariana , momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño.

En el momento de los hechos, el procesado se encontraba influenciado por la previa ingestión de bebidas alcohólicas, sin que conste la entidad de esa influencia."

Estos hechos probados son obtenidos en la sentencia a partir de la declaración de la víctima que manifestó su negativa desde el inicio al mantenimiento de la relación, narró como el acusado se sentaba en el inodoro y le dio por la fuerza la vuelta y la colocó delante de él, hasta el punto de que la perjudicada se golpeó en la cabeza , con la utilización de la fuerza logró obtener la relación sexual, y es cuando le puede que le practique una felación cuando aprovecha la víctima para huir.

En el caso sometido a nuestra consideración casacional, y partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, vemos que estos relatan el encuentro casual de los protagonistas, el acusado y su víctima, en el reducido espacio del aseo del bar en el que ambos se encontraban, sin conocerse de antemano. Cuando el acusado entra en tan minúsculo habitáculo, según consta en el factum, se dirige al mismo tras ella, e inmediatamente cierra la puerta y acciona el pestillo, ante lo cual, la primera reacción de la víctima es preguntarle por el sentido de esa acción ("qué estaba haciendo", se lee en el relato fáctico), y como contestación, obtiene la siguiente: "qué buena estás", y a continuación comienza a tocar a Mariana un pecho, la cintura y las nalgas por encima de la ropa; ante ello, la víctima le reprocha su acción (el relato histórico dice: "a pesar de que aquella le decía que no lo hiciera"). Tras ello, "el procesado desoyendo las negativas [en plural] de Mariana , se juntó a ella, la desplazó y apoyó contra la pared, y estando ambos de pie, pagados uno a otro, le subió la falda, le bajó las medias y el tanga y la penetró vaginalmente".

En la realización de ese comportamiento, el acusado no es ya que no cuente con el consentimiento de la mujer, que esto se encuentra fuera de toda duda, al habérselo así expresado (recuérdese: "el procesado desoyendo las negativas de Mariana "), sino que utiliza la fuerza de la vía de hecho ("le subió la falda, le bajó las medias y el tanga "), y para ello emplea todos los medios físicos que se encuentran a su alcance en ese momento ("...la desplazó y apoyó contra la pared"). Finalmente, culmina su acción ("... y la penetró vaginalmente").

El relato histórico narra otro episodio a continuación, que constituye otro ataque a la libertad sexual de la víctima, y este de forma más violenta, puesto que "seguidamente, José se sentó en el inodoro", y con un inequívoco acto de fuerza frente a la víctima, la atrae forzosamente hacia él ("...asiéndola del brazo izquierdo, le dio la vuelta para invertir su posición"), e inmediatamente culmina esta acción mediante la comisión de un delito de lesiones contra la víctima ("...golpeándose la frente contra la pared"), a continuación, una vez que el acusado tiene a su víctima en la posición de agredirla ("... situada ésta en la posición deseada"), el procesado "la atrajo hacia él, prendida de la cintura, y tras sentarse en el inodoro y colocarla sobre él", como si se tratara de un ser inerte, consuma de nuevo el delito sexual ("penetrándola este de nuevo vaginalmente").



Por ello, aunque el Tribunal Superior de Justicia procura relativizar el uso de las palabras que emplea, no por ello dejan de representar la fuerza que su significado contiene, pues aunque se intente degradar, le "agarró" del brazo, por un "asiéndola del brazo izquierdo", no por ello queda menos descrita una acción de fuerza, pues asir, dice el diccionario, es tomar o agarrar a alguien o a algo, especialmente con las manos, luego se está declarando como probado que el procesado agarra a su víctima. Y lo propio ocurre con "la atrajo hacia él, prendida de la cintura", puesto que igualmente significa que actúa por ella, que se encuentra paralizada o sin movimiento propio, en una situación que fácilmente puede deducirse producida por el temor del lugar y de la actuación agresora del procesado (no podemos olvidar que por parte del Tribunal de apelación se confirma una condena por un delito leve de lesiones producidas en la frente de la ofendida).

El suceso termina cuando el acusado le pide que le haga una felación, negándose Mariana, "momento en el que, aprovechando que él se encontraba sentado, aquélla se colocó la ropa, abrió el pestillo y abandonó el baño".

También se relata que la mujer sufrió un hematoma en la frente, y en la exploración médica presentaba también en la parte superior de los brazos equimosis susceptibles de haberse (producido), por sujeción, presión o contusión.

Y que, "como consecuencia" de los referidos hechos, la víctima se encuentra en tratamiento psicológico, presentando sintomatología de ansiedad y estrés postraumático agudo con moderada sintomatología depresiva.

Concurren, pues, todos los elementos de la violencia e intimidación que requiere el delito de agresión sexual y que se fundamentan en el reducido espacio en el que se producen los hechos, el cierre con pestillo de tal habitáculo, el acometimiento sexual con tocamientos ante la negativa de la mujer, la utilización de la fuerza agarrándola (asiéndola) por los brazos, el empleo de la vía de hecho para quitarle sus prendas íntimas, el volteo de la víctima por la fuerza, la causación de lesiones al utilizar "sujeción, presión o contusión", siendo condenado por ello, y la tracción "asiéndola del brazo izquierdo", "le dio la vuelta para invertir su posición", hasta situarla "en la posición deseada", penetrándola de nuevo vaginalmente. La descripción de fuerza en su actuar, está fuera de toda duda.

Como es fácilmente deducibles estos hechos no son asimilables al caso que estamos examinando, en primer lugar porque en nuestro caso ambos entran juntos y de común acuerdo al baño, ambos se besan, ella en ningún momento externamente muestra su disconformidad (alega que lo hace para ella), y además no puede explicar a la Sala en que consistió la fuerza empleado por el acusado, téngase en cuenta que ambos narran que ella se sienta encima de él y tampoco tiene lesiones que pongan de manifiesto de forma objetiva, ya que la víctima no lo puede explicar, la existencia de fuerza por parte del acusado.

El supuesto de hecho que estamos analizando por tanto varía en los puntos esenciales y claves para la descripción del tipo.

Debemos descartar que podamos utilizar esta sentencia en este caso.

Por tanto lo anterior nos lleva al análisis de la situación de bloqueo que narra la víctima. Debemos partir que la situación de bloqueo ante un hecho puede sucederle a cualquier persona, ahora bien para que sea penalmente relevante será necesario que esa situación que ha generado ese bloqueo haya sido causada por el sujeto pasivo del delito para de esta forma obtener el consentimiento.

La sentencia que acabamos de exponer recoge desde el punto de vista teórico, distintas situaciones que pueden suceder para diferenciar el delito de abuso sexual y el de agresión sexual, nos interesa los que se recoge en la sentencia respecto a la forma de obtención del consentimiento, ya sea un delito u otro.

"Por eso el Código Penal señala que, a los efectos de tipificar este delito, "se consideran abusos sexuales no consentidos" aquellos a los que se refiere el precepto, porque en tales casos el consentimiento se ha obtenido inválida o viciadamente; y así: a) los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido; b) sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare; c) los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto; d) cuando se obtenga un consentimiento viciado por prevalerse el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

También se disponen subtipos agravados en los casos de víctima especialmente vulnerable (edad, enfermedad, discapacidad o situación), o por las relaciones existentes entre víctima y autor (relación de superioridad o parentesco).

Del propio modo, se consideran abusos sexuales los correspondientes a los menores, dada la falta de madurez para el consentimiento sexual, distinguiendo el Código Penal entre mayores de 16 años y menores de 18, cuando el autor del delito se aproveche del engaño que haya desplegado o abuse de una posición reconocida de confianza (art. 182), y finalmente se describen en el Código la realización de actos de carácter sexual con menores de 16 años, en las diversas variedades que se tipifican (art. 183).



De lo todo ello se desprende que en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, y por eso el Código Penal se expresa disponiendo que "se consideran abusos sexuales no consentidos" los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad.

En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis phisica o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males.

En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio.

Pero, como venimos razonando, esa fuerza adquiere múltiples formas y aparece con variados matices, una veces a causa del espacio físico en donde se desenvuelven los acontecimientos, en otras ocasiones por la soledad del paraje en el que se desarrolla el ataque, y en otras, por la concurrencia de varios autores. Cada caso debe ser analizado conforme a sus parámetros individuales, en conjunción con todos los datos objetivos que resulten acreditados y en combinación con la declaración de la víctima. Con todos esos datos se podrán llegar a la conclusión de que ha sido atacada la libertad sexual de la persona ofendida por el delito mediante el uso de la violencia o el empleo de la intimidación.

Ya hemos argumentado anteriormente que se debe aplicar la norma antes de la reforma de la LO 1/2015, por lo que las referencias que hace la sentencia a los 16 años, deben entenderse a los 13 años.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos si existía alguna circunstancia ambiental, creada o favorecida por el sujeto pasivo, que puede determinar que pese a que la denunciante no mostró externamente su oposición, el acusado debía saber que se estaba oponiendo precisamente porque él había creado esa situación. Entendemos que de la prueba practicada no nos permite concluir en sentido afirmativo.

En primer lugar respecto a *las circunstancias personales*: por un lado la edad de la víctima debemos convenir que efectivamente es joven, tenía 15 años a punto de cumplir 16, pero también lo era el acusado que en el momento de los hechos tenía 19 años. No había una diferencia relevante en cuanto a la edad, a lo que debemos añadir como señala el acusado que pudo haberse confundido en cuanto a la edad porque en esa discoteca sólo podían entrar mayores de 18 años.

Por otro, la previa ingesta de bebidas alcohólicas, consideramos acreditado que la denunciante había bebido alcohol, pero no se encontraba en una situación que le anulara la voluntad, o le impidiera conocer lo que estaba sucediendo, porque tanto acusado y denunciante manifiestan que estuvieron bailando o hablando de forma normal en la pista y por otro lado Salvadora manifestó que Candelaria sólo había tomado una copa, que a estaba vigilando y que el dijo que no saliera con el acusado de la discoteca, pero no insistió en ello, porque salieron juntos. Por tanto si realmente hubiera estado en una situación que no podía decidir por sí misma, sus familiares que estaban con ella le hubieran impedido la salida de la discoteca.

En segundo lugar respecto a *las circunstancias del lugar* en que ocurrieron los hechos, la relación sexual la mantuvieron en unos baños públicos, que se encuentran al lado de la discoteca, por lo tanto el acusado no la condujo a un descampado o a un lugar donde la denunciante pudiera encontrarse aislada. Ambos entraron al lavabo de común acuerdo, se trataba de un lavabo para personas con discapacidad física que son más grandes, y la denunciante no recuerda si cerró ella o el acusado el pestillo, con lo cual este hecho no le llamó la atención. Entró voluntariamente y no parece o no relata que hubiera nada que le impidiera salir.

Por lo tanto hasta este momento no existe una situación ambiental creada por el acusado que pudiera invalidar la prestación del consentimiento.



En tercer lugar, *respecto a la relación sexual*, solo contamos con la versión del acusado de forma completa, que narra una penetración vaginal y una felación, manifiesta que en ningún momento pudo sospechar que la denunciante se oponía porque en la forma de mantener la relación se mostraba activa, hasta el punto explica que ella estaba sentada encima y se sujetaba a la barra que estos baños tienen. La denunciante como venimos relatando no ha explicado la forma en que ocurrieron los hechos, salvo la felación, según relata, lo ha olvidado. Y en la declaración de instrucción no consiguió tampoco exponer en que consistió la fuerza empleada por el acusado o la actitud o el comportamiento que hizo que prestara su consentimiento de forma intimidatoria, salvo que se puso agresivo, pero no concretó en que consistió dicha agresividad, es decir en qué palabras, o en qué expresiones, o en qué signos, o en qué agresiones....

El único hecho que las testigos y la denunciante narra cómo importante para determinar que en la relación se empleó la fuerza, es que tenía las medias rotas. No podemos considerarlo como un elemento que permita concluir sin género de dudas que se trata de un vestigio de una relación no consentida o obtenido el consentimiento por la fuerza o creación de una situación intimidatoria para doblegar la voluntad puesto que las medias se pueden romper también por el mero hecho de mantener una relación sexual.

Tras el análisis de lo anterior no podemos llegar a la conclusión de que efectivamente se produjo una relación sexual no consentida, el Tribunal no puede formar convicción de lo que ocurrió dentro del lavabo, y las circunstancias ambientales no nos llevan a poder afirmar que el acusado buscó la forma de obtener el consentimiento de forma viciada, o que creara un situación intimidatoria con ese objeto.

A ello debemos añadir además respecto a los elementos de corroboración periféricos, que ni Sacramento ni Salvadora pueden explicar al Tribunal en que consistió la fuerza que ambas manifiestan que la denunciante les dijo que había utilizado el acusado, y la declaración de la Funcionaria de la Policía nº NUM001 que tampoco puede explicar en que concretaba la denunciante que había sido forzada, y además añade que en su opinión se trataba de una situación que se le había ido de las manos.

Todo lo anterior nos lleva a que no podamos formar una convicción clara de lo sucedido y conforme al principio in dubio pro reo debemos dictar un pronunciamiento absolutorio.

TERCERO .- La inexistencia de responsabilidad criminal comporta "ope legis" la absolución de toda responsabilidad civil y de la condena en costas, conforme a lo establecido en los arts. 123 del Código Penal y 270 de la Lecrim.

Vistos los preceptos legales citados así como los de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS:

ABSOLVEMOS a Estanislao del delito de agresión sexual y/o abuso sexual por los que fue acusado en el presente procedimiento, declarándose de oficio las costas procesales. Se dejan sin efecto las medidas cautelares adoptadas por el órgano instructor.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma ante la Sala II del Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE