



Roj: **SAP B 2902/2019 - ECLI: ES:APB:2019:2902**

Id Cendoj: **08019370022019100072**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **2**

Fecha: **25/02/2019**

Nº de Recurso: **4/2018**

Nº de Resolución: **146/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **MARIA ISABEL CAMARA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN SEGUNDA

ROLLO Nº SUMARIO 4/18

SUMARIO Nº 2/17

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 de Manresa

PROCESADO: Enrique

SENTENCIA 146

TRIBUNAL

D. JESUS IBARRA IRAGUEN

Dª Mª del CARMEN HITA MARTIZ

Dª Mª ISABEL CAMARA MARTINEZ

Barcelona, a 25 de Febrero de 2019

VISTO en juicio oral y público, ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial de Barcelona, el presente sumario nº 2/17, rollo Sumario 11/17 procedente del Juzgado de Instrucción nº 29 de Barcelona, seguido por un delito de agresión sexual, contra el procesado **Enrique**, mayor de edad, natural de Gambia nacido el día NUM000 de 1978, hijo de Gabino y Dolores, con N.I.E nº NIE nº NUM001, vecino de L Sant Vicenc de Castellet (Barcelona), con domicilio en la CALLE000, nº NUM002, NUM003, carente de antecedentes penales, cuya solvencia no consta acreditada, en **libertad provisional** por esta causa, representado por el procurador Sra. Lorena Moreno Rueda y defendido por el letrado Sr. Francesc Mollet Inglés. Han sido parte acusadora **Gloria** representada por la procuradora Sra. Eva Morcillo Villanueva y defendida por la letrada Sra. Mercé Ferrer Temporal, con la intervención del Ministerio Fiscal. Como magistrada ponente, en la presente resolución expreso el criterio unánime del tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de atestado policial, dictándose el 18/5/17 auto de incoación de este sumario en el que, tras la instrucción pertinente, se dictó auto de procesamiento el 17/05/17, siendo finalmente declarado concluso por el magistrado/a instructor, con emplazamiento de las partes. Elevada la causa a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial se unió al presente Rollo, formado en su día tras conocer la incoación del mismo, se designó ponente a la Ilma. Sra. Mª ISABEL CAMARA MARTINEZ, y mediante auto se confirmó la conclusión del mismo acordándose la apertura del juicio oral, cumpliéndose los trámites de calificación provisional por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y, posteriormente, por la



defensa del procesado, proveyéndose sobre las pruebas propuestas por las partes. Señalada la fecha para la celebración de la vista oral el día 28 de Enero de 2019, habiendo asistido todas las partes, y en la que se han practicado las pruebas de interrogatorio del acusado testifical y pericial, la documental, con el resultado que se refleja en el acta correspondiente, que lo es a todos los efectos la grabación en el sistema ARCONTE 2.

SEGUNDO.- La acusación particular calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual del art 179 CP, y con carácter subsidiario de un delito de abuso sexual del art 181.4 CP; estimando responsable del mismo en concepto de autor al procesado **Enrique** sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitando se le impusiera una pena de seis años de prisión y la condena en costas. En concepto de responsabilidad civil solicita que indemnice a la víctima en la cantidad de 3.000 euros por los daños morales y psíquicos sufridos. Y que se le condene al pago de las costas procesales.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, mostró su disconformidad con la calificación del la acusación particular solicitando la libre absolución del procesado, y la defensa informó en el mismo sentido.

HECHOS PROBADOS

Valorada la prueba practicada en Juicio oral, **SE DECLARA EXPRESAMENTE PROBADO** que

1.- El día 5 de Octubre de 2013 la Sra. Gloria se hallaba en el domicilio de su hija sito en la Plaça del DIRECCION000 nº NUM004 de Sant Vicenç de Castelllet, al que había acudido a pasar unos días juntos con ella, la Sra. Trinidad. Ese mismo día, sobre las 22.00 horas acudió al domicilio de la Sra. Trinidad, el Sr. Enrique, al que la Sra. Trinidad conocía desde hacía unos meses, y con el que mantenía una relación sentimental.

2.- En la noche de ese mismo día 5 de octubre de 2013, estuvieron cenando, la Sra. Trinidad, el Sr. Enrique, la Sra. Gloria, y un amigo de ésta última, llamado Ángel Daniel.

3.- Cuando se acabó la cena, Ángel Daniel marchó del domicilio, la Sra. Trinidad se fué a su habitación a dormir con dolor de muelas, y el Sr. Enrique, se quedó en el comedor, bajó las persianas, cerró la puerta de la habitación, y se sentó en el sofá, junto con la Sra. Gloria, en el que ésta se estaba preparando para dormir, pues era el lugar habilitado para que pernoctase.

4.- En un momento indeterminado, hubo un encuentro sexual entre la Sra. Gloria y el Enrique, llegando a eyacular dentro de ella hasta en dos ocasiones. La Sra. Trinidad sorprendió al acusado con el pene erecto, y a la madre tumbada en el sofá, mirando fijamente a la pared sin hablar, sin que ninguno le diese una explicación razonable.

5.- No queda acreditado que la Sra. Gloria en los momentos previos a la relación sexual manifestara expresamente al procesado su oposición a mantener relaciones sexuales, ni que tuviera anuladas sus facultades mentales.

6.- No queda acreditado que el Sr. Enrique, con ánimo de satisfacer su deseo sexual, se tirase sobre la Sra. Gloria, le bajase los pantalones del pijama y la ropa interior mientras le sujetaba fuertemente por las piernas y le decía " *tu me gustas mucho, a mi no me gusta Natividad, te tienes que dejar*".

7.- El día 8 de octubre de 2013, Gloria interpuso una denuncia contra Enrique, en la que relató que había sido objeto de una agresión sexual, por parte del mismo, la madrugada del día 05.10.2013, en el domicilio de su hija sito en Plaça del DIRECCION000, NUM005 de Sant Vicenc de Castellet (Bages)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Calificación del delito y valoración de las pruebas.-

La acusación particular formula acusación contra Enrique atribuyéndole la autoría de un delito de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 179 del Código Penal - que constituye el tipo agravado de agresión sexual, en relación con el art. 178 CP del mismo texto legal-, conforme a la redacción dada por la L.O. 5/2010 de 22 de Junio vigente en la fecha de los hechos objeto de incriminación, y con carácter alternativo de abuso sexual del art 181.4 CP.

Establece el art 179 CP que, "cuando la agresión sexual 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 como reo de violación con la pena de seis a 12 años".



Frente a dicha conducta, el tipo básico del art. 178 CP , sanciona la conducta de "El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años".

En relación con este concreto delito, señala la STS núm. de 19 mayo de 2017 , que el tipo básico del artículo 178 Código Penal exige la concurrencia de violencia o intimidación como medio para consumir una agresión sexual, que puede ser meramente abusiva o que puede ir acompañada de penetración vaginal, oral o bucal; señalando que el empleo de fuerza física acompañada de amenazas graves configura el cuadro exigido por el tipo penal referenciado, el cual fue aplicado en un supuesto en que se abordó por sorpresa a la víctima, tapándole la boca y los ojos y empujándola hacia el rellano del ascensor, acción que fue acompañada de amenazas; apuntando, entre otras, la STS núm. 409/2000 de 13 marzo , que constituye a tales efectos violencia apta para perfeccionar la agresión sexual el forcejeo con la ofendida, el sujetarla fuertemente, abalanzarse sobre ella, arrastrarla a algún lugar a la fuerza u otras acciones análogas que denoten comportamientos físicos claramente dirigidos a doblegar su voluntad.

La violencia típica del delito del artículo 178 del Código Penal equivale, por tanto, a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima - SSTS de 18 de octubre de 1993 , 28 de abril , 21 de mayo y 7 de octubre de 1998 , 4 de septiembre de 2000 y 21 de septiembre de 2001 . Por su parte, la STS de 20 marzo 2018 , reitera que el delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal constituye esencialmente un atentado a la libertad sexual de las personas cuyos elementos definidores son, de un lado, el objetivo de una conducta proyectada ordinariamente sobre el cuerpo de otra persona, llevada a cabo contra la voluntad de la misma, mediante el empleo de violencia o intimidación encaminadas a vencer la voluntad contraria de la víctima, y, de otro, el subjetivo de una inequívoca intencionalidad sexual (v., "ad exemplum", SS. de 31 de marzo y 17 de julio de 2000).

El "modus operandi", consistente en el empleo de violencia o intimidación, se concretará normalmente, en la primera modalidad, en el empleo de una fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (v. S. de 17 de julio de 2000), y, en la segunda, en la amenaza de causar algún mal a la víctima que sea suficiente para paralizar o inhibir la normal resistencia de la misma, sin que sea preciso, por tanto, que la misma llegue a ser irresistible (v. S. de 1 de octubre de 1999). Tocar los pechos, manosear senos y nalgas y tocar todo el cuerpo, son actos objetivos que revelan la existencia de ánimo libidinoso (sentencia de 6 febrero 2008). Por tanto, los elementos básicos de dicho tipo penal son: por un lado, que exista un comportamiento intimidatorio (o en su caso violento), que el mismo sea utilizado como medio para conseguir el propósito, que no exista consentimiento por parte del sujeto pasivo, y que el sujeto activo, conociendo estos extremos, quiera su realización.

En este contexto, el primer elemento básico, que debe quedar plenamente probado, es la intimidación. Tal y como lo señalaba ya la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 2018 , "... lo verdaderamente definidor de la infracción es la actitud violenta, agresiva, amenazante e indiscutiblemente criminal del violador (ésta sí que tiene que ser racionalmente seria y decidida), ante la cual poco le cabe hacer al sujeto pasivo como no sea encontrar todavía un mal mayor al poner en peligro, después de su libertad sexual mancillada, la integridad física o la vida misma (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1.991 y 18 de Diciembre de 1.992)".

Se trata, entonces, de un comportamiento, de palabra u obra, productor de un constreñimiento psicológico, que amenaza con causar a la víctima un daño injusto, posible, directo inmediato que infunde miedo en el ánimo de la víctima, produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor. Debiéndose tener en cuenta que el comportamiento amenazante o intimidador debe estar referido a un mal inminente y grave, personal y posible, verosímil, racional y fundado (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1.994 , 28 de marzo de 1.995 , 16 de mayo de 1.995 , 22 de mayo de 1.995 , 19 de Febrero de 1.996 y auto de 7 de Febrero de 1.996). Sin que la fuerza o la intimidación tengan que ser irresistible, ni la intimidación referirse a males supremos irreparables (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2012). Comportamiento, amenaza o intimidación que debe ir acompañado de actos indudablemente reveladores de pasar inmediatamente a iniciar su realización con eficacia racional para anular la voluntad de la víctima y determinante por ello del vencimiento de la voluntad de oposición a la resolución sexual coetáneamente realizada (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1.999)".

Un segundo elemento básico, y de carácter negativo, es que no se cuente con el consentimiento del sujeto pasivo. Así, el análisis no debe centrarse en la existencia o no de una determinada resistencia de la víctima, como si se tratase de un elemento constituyente de la intimidación, ya que como lo afirma el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de Octubre de 1.999 , "basta para integrar el tipo penal que, ante la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en sus propósitos venciendo por la fuerza (o con intimidación),



esa oposición y la resistencia ofrecida aunque ésta fuere una resistencia pasiva, porque lo esencial es que el violador actúe contra la voluntad de la persona violada porque obra conociendo su oposición (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1.992), toda vez que incluso para superar esa resistencia meramente pasiva, el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que ésta sea, sobre el cuerpo de la víctima para conseguir el objetivo propuesto".

No debe, entonces, confundirse, aunque están estrechamente ligadas, la falta de consentimiento por parte de la víctima, con la resistencia que muestre. Si bien es cierto que la experiencia y la lógica nos muestran que cuando alguien no desea realizar una determinada acción ejerce resistencia a la misma, no es menos cierto que, ante una acción violenta o intimidatoria, no todas las personas reaccionan de la misma forma (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1.998), y que en determinadas situaciones en las que la resistencia aparece inútil, no cabe esperar su presencia.

El verdadero elemento típico es la falta de consentimiento de la víctima, por lo que no puede entenderse la resistencia de la víctima como un elemento integrante de la intimidación o de la violencia, y por tanto necesaria para su apreciación. Otra cosa es que la resistencia de la víctima contribuya, en todo caso, en el aspecto probatorio, ya que permite explicitar, por un lado, la voluntad de la víctima, contraria al acto sexual; por otro lado, la existencia de la violencia o la intimidación; y finalmente, el conocimiento y la intención del agresor. Así, con el acto de resistencia la víctima explicita ya su falta de consentimiento, por lo que no se requiere otro medio probatorio para mostrar que no consintió el acto sexual.

Asimismo, cuanto mayor sea el grado de resistencia de la víctima, mayor debe ser la intensidad de la violencia o intimidación que debe desplegar el agresor, lo que hace que la misma se vuelva más explícita, dejando entonces mayores rastros externos apreciables objetivamente, lo que permitiría su apreciación por otras pruebas, diferentes al exclusivo testimonio de la víctima.

Finalmente, mientras más clara sea la resistencia, más claro queda el conocimiento y la voluntad del autor. Pero es preciso insistir en que estos logros probatorios de la resistencia no pueden llevar a confundirla con un elemento constitutivo, y por ende indispensable, del tipo penal. El elemento típico es la ausencia de consentimiento por parte de la víctima, el que se puede o no expresar a través de la resistencia. Por ello, en aquellos supuestos en los que, por otros medios probatorios, se logre demostrar que el actor, conociendo la determinación negativa de la víctima a tener relaciones sexuales, ha utilizado la fuerza o la intimidación para poder doblegar dicha voluntad y realizar así los actos sexuales no consentidos, sobra toda referencia y exigencia de la resistencia. Y viceversa, en la medida en que queda acreditado que ha existido una clara resistencia, la misma hace menos necesarias pruebas adicionales sobre la existencia de la falta de consentimiento, la violencia o intimidación y del elemento cognitivo y volitivo del delito.

En este sentido debe entenderse la doctrina del Tribunal Supremo que ha abandonado la antigua doctrina que exigía una resistencia que fuera trascendente, casi heroica, y, pasando por estimar que la resistencia debía ser seria, se refiere actualmente a una resistencia razonable (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 1.991 , 8 de Abril de 1.992 , 28 de Febrero de 1.997 , 18 de Octubre de 1.999), resaltando que lo esencial es que el violador actúe contra la voluntad de la persona violada, utilizando para ello violencia o intimidación, porque obra conociendo su oposición (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1.992 y 21 de Mayo de 1.998).

Un tercer aspecto básico, que debe quedar igualmente probado es que la violencia o intimidación ha de ser el medio utilizado por el agresor para vencer la voluntad de la víctima, por lo que debe ser anterior y preceder al acto sexual (sentencia del Tribunal Supremo 10 de mayo de 2015 y el auto de 6 de marzo de 2016). Debiendo existir una relación causa- efecto entre la agresión o intimidación y el doblegamiento de la voluntad del sujeto pasivo. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Julio de 2014 , al afirmar que la conducta intimidante ha de ser "una conducta decisiva por su eficacia, necesidad y trascendencia objetiva para el resultado finalístico de la acción" que ha de concurrir, precisamente, "en el momento consumativo de la comisión" (F. 4. °). Por ello, no puede entenderse que se da este elemento cuando la intimidación se refiere a una situación "de facto" en que exista un temor genérico, difuso y anterior, sea o no constante, de la víctima hacia el sujeto activo, sino que, como elemento integrante del tipo, ha de reunir los requisitos que jurisprudencialmente se exigen a esta figura, y a los que hemos hecho referencia con anterioridad, y su concurrencia ha de ser probada.

Finalmente, otro requisito básico que debe quedar debidamente probado es que el agresor conozca que está realizando un acto sexual no consentido, precisamente por utilizar violencia o intimidación y querer precisamente su realización". A lo que cabe añadir, en cuanto a la aplicación de la figura agravada del art. 179 CP (violación), que la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.



La jurisprudencia, en cuanto al abuso sexual, ha señalado las características definitorias del tipo penal descrito en el art. 181.1 CP : a) la concurrencia de un elemento objetivo consistente en un tocamiento impúdico o contacto corporal que puede ofrecer múltiples modalidades -salvo, lógicamente, las previstas en tipos penales distintos-; b) que el tocamiento o contacto corporal puede ser realizado tanto por el sujeto activo del delito sobre el pasivo, o por éste sobre el cuerpo de aquél; y, c) un elemento subjetivo, el "ánimo libidinoso", o propósito de obtener una satisfacción sexual (STS 06/03/2006).

.2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como 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.

Por lo demás, como es evidente, dado el tenor literal del precepto, tal tipo de conductas ha de realizarse sin violencia ni intimidación, y sin que medie el consentimiento de la víctima; y, aunque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la ley, la doctrina y la jurisprudencia las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. En todo caso, determinar a partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto (STS 18/12/2007).

El delito se consuma desde el momento en que la víctima se ve obligada a soportar en su cuerpo las maniobras de inequívoco contenido sexual, con independencia de que el agente lograra satisfacer plenamente sus deseos (STS 08/02/1999).

SEGUNDO.- En el caso de autos, prima facie y de plano, ha de señalarse que si bien se ha practicado en el acto del juicio oral prueba de carácter objetivo y directa, como son los resultados biológicos, que han detectado la presencia de semen con un perfil genético coincidente con el del acusado en el lavado vaginal realizado a la denunciante (dictamen obrante a los folios 116 a 120 del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses emitido por los Peritos Leticia y Geronimo , ratificado en el plenario) que a priori pudiera ser reveladora de la infracción imputada; sin embargo, una atenta y minuciosa valoración del conjunto de la prueba practicada en el plenario, en la forma que determina el art. 741 de la LECr ., conducen a sembrar serias dudas, en vez de arrojar luz sobre lo realmente ocurrido en la noche de autos.

La acusación particular sostiene que si el acusado ha mentido sobre lo más mínimo y evidente, es obvio que miente sobre la inexistencia de la agresión sexual , y en consecuencia la falta de consentimiento queda probada. Insiste en que la versión del acusado no goza de ninguna fiabilidad pues niega sentarse en el sofá, niega que saliese de la habitación, niega relación sexual con Gloria , y dice que al día siguiente estuvo con Íñigo y con otros chicos de Senegal sin que haya traído a nadie a juicio, afirma relaciones con Trinidad , y ello ha sido negado por ella. En estas condiciones, le da credibilidad a la versión de la denunciante, al haber mantenido en esencia un relato persistente, y si bien en el examen ginecológico no se objetivaron lesiones físicas , considera que ello no es óbice para concluir que Gloria mantuvo relaciones sexuales contra su voluntad, si bien el miedo la paralizó, y no actuó, y que ese mismo miedo le ha impedido dar una explicación sobre como la penetró, y sino le cuenta lo sucedido a su hija es por ese mismo temor . Además añade que su estado emocional y psicológico es compatible con lo relatado, y debe tenerse en consideración el nivel cultural de la víctima .

A la hora de justificar su criterio el Tribunal debe comenzar indicando que es llano que se ofrecieron en el plenario dos versiones parcialmente divergentes ,antagónicas y contrapuestas sobre los episodios acaecidos entre ambos, y que el acusado ha tenido hasta tres ocasiones para admitir que hubieron relaciones sexuales con la Sra. Gloria , como así lo objetivan los resultados biológicos, y sin embargo ha insistido en que únicamente las tuvo con Trinidad .

Como señala la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en su sentencia nº 335/18, de 4 de julio de 2018 , "... la declaración de la víctima puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pero debe ser valorada con cautela, pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión, máxime cuando su testimonio es la noticia del delito y con mayor razón aun cuando se persona en la causa y no solo mantiene una versión determinada de lo ocurrido, sino que, apoyándose en ella, sostiene una pretensión punitiva. Es por eso que esta Sala se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, que, sin desconocer la importancia de la intermediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal.

En este sentido, valoración en conciencia no significa ni es equiparable a valoración irrazonada, y ese razonamiento debe expresarse en la sentencia. Sin embargo, hemos de establecer claramente que la jurisprudencia de esta Sala no ha establecido la necesidad de cumplir unos requisitos rígidos para que la



declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo suficiente, de manera que si se demuestra su concurrencia haya de concluirse necesariamente que existe prueba de cargo y, por el contrario, si no se apreciaran, también necesariamente hubiera de afirmarse que tal prueba no existe.

Simplemente se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso desde puntos de vista objetivos.

Así, se ha dicho que debe comprobarse que el testigo no ha modificado sustancialmente su versión en las distintas ocasiones en las que ha prestado declaración. La persistencia del testigo no ha de identificarse con veracidad, pues tal persistencia puede ser asimismo predicable del acusado, y aunque sus posiciones y obligaciones en el proceso son distintas y de ello pueden extraerse algunas consecuencias de interés para la valoración de la prueba, ambos son personas interesadas en el mantenimiento de una determinada versión de lo ocurrido. Pero la comprobación de la persistencia en la declaración inculpativa del testigo permite excluir la presencia de un elemento que enturbiaría su credibilidad, lo cual autoriza a continuar con el examen de los elementos disponibles en relación con esta prueba.

En caso de que la persistencia aparezca debilitada, por cualquier causa, el Tribunal deberá indagar las razones de tal forma de actuar, con la finalidad de valorarlas adecuadamente. Igualmente ocurre respecto de la verificación de la inexistencia de datos que indiquen posibles razones para no decir la verdad, como puede ser la enemistad anterior, el odio, el deseo de venganza o similares, los cuales han de vincularse a hechos distintos de los denunciados, pues no es inhabitual que tales sentimientos tengan su origen precisamente en los hechos que se denuncian.

Que no existan esas razones no supone que deba aceptarse necesariamente la versión del testigo, pero permiten excluir la existencia de motivos para no hacerlo. Estos dos elementos, que deben ser comprobados por el Tribunal, permiten excluir la existencia de razones objetivas para dudar del testigo y hacen razonable la concesión de credibilidad. Aun cuando alguno de ellos concurra, puede ser valorado conjuntamente con los demás.

Lo que importa, pues, es que el Tribunal que ha dispuesto de la intermediación, exprese las razones que ha tenido para otorgar credibilidad a la declaración del testigo.

El tercer elemento al que habitualmente se hace referencia, viene constituido por la existencia de alguna clase de corroboración de la declaración de la víctima, especialmente cuando tal corroboración es posible dadas las características del hecho concretamente denunciado. No se trata ya de excluir razones para dudar del testigo, sino, avanzando en el análisis, de comprobar la existencia de motivos para aceptar su declaración como prueba de cargo".

Desde estos parámetros, la declaración prestada por Gloria , no autorizará conforme se irá desgranando ulteriormente a declarar probado diversos de los hechos en los que la acusación particular sustentó su acusación por el delito de agresión sexual o en su caso de abuso sexual, y ello por cuanto su testimonio resultó difuso, habiendo incurrido en contradicciones, lo que no será óbice para aceptar la realidad de determinados episodios relatados por la misma, al resultar bien admitidos por el propio acusado y por la hija Trinidad , así como por otros elementos probatorios ajenos al propio testimonio de la denunciante, Gloria .

En efecto, el acusado durante todo el proceso y en el acto del juicio oral ha negado rotunda y categóricamente que hubiese agredido sexualmente a la Sra. Gloria . En efecto, en el curso del procedimiento ha venido manifestando que al tiempo de los hechos tenía una relación sentimental, sin convivencia, con Trinidad , la hija de la Sra. Gloria , y que esa noche del día 5.10.2013 se acostó a la misma hora que su pareja sentimental con la que tuvo relaciones sexuales. Que no era cierto que se hubiera quedado en el sofá con la Sra. Gloria ni que se abalanzara sobre ella. En el plenario ha insistido que el estuvo en la habitación con su pareja, que tuvo sexo con condones, , no salió de la habitación, y que tuvo una discusión con Trinidad porque , le dijo al día siguiente que había tenido relación con su madre, y también discutió porque le quitaron 30 euros

Por contra, la Sra Gloria , ha mantenido en el acto del Juicio Oral que dos días antes de los hechos, había terminado una relación sentimental, y que había buscado apoyo en su hija, yéndose a vivir el día 5.10.2013 a casa de ésta. Que por la tarde de ese día se fueron a tomar un cortado, ella y su hija, y también un amigo de ella llamado Ángel Daniel , y cuando volvieron estaba el acusado en la portería esperándolos. Estaba drogado, y le gritó a su hija que donde estaban que quería cenar. Estuvieron cenando los cuatro, y bebieron una botella de vino, y llegó un momento , en que el acusado la dijo a Ángel Daniel , que se fuera a dormir a su casa, . Su hija se fué a la cama con dolor de muelas, el acusado le dió un porro y se acostó. Ella se quedó en el sofá, y le dijo al acusado vete a dormir, que me voy a dormir en el sofá. El acusado se fué a la habitación de su hija, y luego salió de la habitación y echó persianas para abajo y corrió las cortinas y solamente se quedaron con



la luz de la televisión, ella insistió, vete a dormir ya , ella estaba en un lado del sofá y el acusado se sentó a su lado le cogió por los hombros, se quedo paralizada, con miedo, y cuando se dio cuenta le había penetrado, se quedo inmóvil, le daba miedo, que hiciera algo a su hija, y no gritó, al día siguiente lo volvió a intentar , y su hija se puso por medio y ya se fué, le han quedado secuelas, y no sabia como decírselo a su hija hasta que a los dos días se lo dijo , y puso la denuncia. No grito porque se quedó paralizada. Ella llevaba un pantalón corto, no se podía mover, su hija se levantó, vio que temblaba, le pregunto que le había pasado, y no dijo nada hasta que pasaron dos días. Fué al CAP y de ahí al hospital, donde le tomaron las muestras.

Concretó que tomo dos o tres vasos de vino, y habitualmente tomas pastillas Diazepan , que es un tranquilizante. Esa noche no estaba afectada por el vino, llevaba un pantalón corto y pijama de verano, bragas y sujetador. No se acuerda como la agredió, solo que se echó sobre ella , él se sentó a su lado , ella a la izquierda de él, la tiró al sofá la agarró, pero no recuerda como le quito la ropa , le llegó a penetrar , solo le quitó lo de abajo pantalón y bragas. Se quedó con el sujetador y el pijama. Su hija le preguntó que le había pasado. Su hija le dijo al acusado que le has hecho a mi madre. El acusado llegó a eyacular. No podía moverse .Se quedo paralizada no hizo fuerza . Tenía miedo por lo que le pasó. Tenía miedo de que pudiera agredirle. Nunca más ha tenido relaciones sexuales con él. Lo intentó al otro día, y lo echó a la calle su hija

Añadió que el acusado se quito los pantalones porque su hija lo vió sin pantalones. Le dijo su hija donde vas así todo empalmado. Le agarro de las piernas y se tiró encima de ella. Cuando le quitó la ropa ya empezó a agarrarle del hombro. No sabe si además él se quitó la ropa. Utilizó bastante fuerza. Su hija y el acusado no se acuerda si discutieron por dinero.

A la vista de las declaraciones contradictorias y recíprocamente excluyentes ofrecidas por ambos intervinientes, surgen como posibles las dos siguientes hipótesis y conjeturas:

1ª/ Que efectivamente el acusado mantuviera relaciones sexuales sin haber prestado su consentimiento la denunciante, aprovechado su fuerza física el acusado y, por tanto, no tuviera capacidad de reacción.

2ª/ O, por el contrario, que las relaciones sexuales llegaron a consumarse con el consentimiento de la denunciante , si bien como quiera que el acusado era la pareja sentimental de su hija, tuvo pudor de asumirlo y reconocerlo hasta el extremo de interponer la denuncia

Es desde esta perspectiva desde la que procede analizar los elementos probatorios y muy especialmente la declaración de la denunciante, Gloria , y como primera cuestión cabe poner de manifiesto que su versión de los hechos frente a la del acusado, junto con la valoración en conjunto de la prueba practicada en el plenario plantea múltiples incógnitas y suscita y genera una duda importante en relación a la credibilidad de su versión. (principio "in dubio pro reo")

Ya hemos que la credibilidad de la víctima exige que se valore expresamente la comprobación de los consabidos requisitos o notas:

"A) *Ausencia de incredibilidad subjetiva* , que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes:

a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (en el caso de menores), y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades, como el alcoholismo o la drogadicción.

b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad , y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (*Sentencia de 11 de mayo de 1994 [RJ 1994/3682]*).

En el presente caso , los hechos se enmarcan en un contexto de una relación sentimental entre Trinidad , la hija de la denunciante, y el acusado. Es dable pensar o cuando menos no resulta del todo descartable pensar que Gloria tuvo miedo de la reacción de su hija si le decía que había tenido relaciones sexuales con el que en aquella época era su novio, como así lo corrobora el que la propia hija admitiese que discutió con el acusado porque sospechaba que había tenido relaciones con su madre.

"B) *Verosimilitud del testimonio* , basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:



a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima

Pues bien, la Sala considera que tampoco concurre dicho requisito, atendiendo a los siguientes elementos de valoración:

1.1. La versión facilitada por la Sra Gloria más allá de los resultados biológicos conforme mantuvo relaciones sexuales con el acusado, no cuenta con elementos fácticos ni pruebas periféricas objetivas que refrenden y corroboren sus aserciones. No se ha ministrado testigo que pudiera advenir acerca de los episodios violentos que la Sra Gloria atribuye al Sr. Enrique . En este sentido podría haber sido útil el testimonio de la hija de Gloria , la Sra., Trinidad , pero nada de ello expuso en ese sentido, y así admitió que ese sábado del día 5 de octubre de 2013, estuvieron los cuatro cenando y que luego ella se fue a dormir porque le dolían las muelas.... No fumó ninguna sustancia. Ella estaba en la habitación, y se despertó en la madrugada , y cuando fué al comedor vió al acusado con el pene erecto, y le dijo que le has hecho a mi madre, (pensó que había hechos cosas malas como violarla) mientras ésta estaba mirando fijamente a la pared, tumbada en el sofá. Vió ropa tirada en el suelo, su madre no le hablaba, no le dijo nada..... Tenia teléfono pero no se le ocurrió llamar a la policía. El acusado tras estos hechos no se acostó con ella.No recuerda bien . Su madre llevaba el jersey , la parte superior, las braguitas en el suelo. Cree que tenía una manta por encima no recuerda....

Al día siguiente, comieron de nuevo junto con el acusado, toma medicación , y no recuerda bien que más paso, tiene esquizofrenia. Por la noche lo echó porque vió cosas raras. Sospecho de que habían tenido relaciones sexuales porque su madre no le decía nada, y la notaba rara, nerviosa, no le contó nada hasta que transcurrieron dos días... Cree que su madre no le contó la agresión sexual por miedo. Al cabo de dos días , el lunes, que es cuando le dice lo que le ha pasado va al médico, y le dijo una vecina del pueblo que denunciara. Fue a visitarse al CAP, no recuerda si le acompañó, El domingo estuvo en la casa el acusado y fué a comer , y recuerda que lo echó posiblemente después de comer..... Que la medicación que tomaba su madre, es para la tensión, la alergia, y el VHS.No recuerda si vió luego al acusado

2.2. Sorprende la propia reacción de Gloria inmediatamente después de los hechos, puesto que, por lo pronto, no puede desconocerse que no denuncia a su supuesto agresor sexual hasta dos días después. Por tanto no denunció de inmediato, no le comentó a nadie tal agresión, ni tampoco acudió a ningún centro médico para ser asistida, explorada y examinada, ,hasta que se ve obligada a ello para justificar su comportamiento ante las sospechas de la hija.

3.3. Cuando acudió al Hospital Sant Joan de Deu de Manresa, el día 8 de octubre de 2013, no se observan signos externos de agresión física , y al día siguiente de acudir a la Clínica Médico Forense (folios 43 y ss) , se señala como ha corroborado en el acto del Juicio Oral la Médico Forense, Dra. Laura , que se mostró colaboradora y no se mostró especialmente nerviosa , sin que se objetivasen lesiones físicas externas. No hay signo traumático, ni rastros de violencia.

4.4. La prueba pericial médico forense viene a introducir, si cabe, factores o elementos que alimentan aún más las dudas razonables del Tribunal en cuanto a la credibilidad y verosimilitud de lo manifestado por Gloria , pues la médico facultativa informante, en el plenario, sometida a contradicción, vino a poner de relieve, que no se detectó rasgo emocional propio de quien ha sufrido y padecido un delito de índole sexual.

5.5 Resulta también sumamente revelador que ,si como afirma Gloria ,fué víctima de una violación por parte del acusado, admitiese que volviese al día siguiente a la casa. De donde se sigue que el comportamiento de Gloria tampoco es el más coherente. Tampoco ha quedado acreditado que sus facultades estuvieren anuladas, y por tanto era consciente de sus actos. Y todo apunta a un escarceo a impulso de la bebida alcohólica o por el motivo que fuere que le lleva a mantener relaciones con el acusado, pero se avergüenza , porque se trata de haberlas tenido con la propia pareja de su hija, hasta el punto que niega que la relación haya sido consentida.

6.6 Los elementos aportados por la denunciante en cuanto a la intimidación son insuficientes, toda vez que hay falta de demanda de auxilio a la hija, y refuerza lo expuesto la situación"tragi-cómica descrita por la hija, Natividad , de encontrarse a su pareja , el acusado, con una erección y no pedir más explicación que decir que has hecho con mi madre, cuando iba a continuar con la relación sexual con aquella, tras dos eyaculaciones. El testimonio de la hija ha sido difuso pues a las preguntas más precisas alegaba su enfermedad pero la escena "tragi-cómica" ha sido clara y al día siguiente se juntan de nuevo todos , sin que la denunciante expresara queja alguna.



"C) *Persistencia en la incriminación* , que debe ser mantenida ,prolongada en el tiempo, y expuesta sin variaciones,ni ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone:

a)Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. 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 su constancia sustancial de las diversas declaraciones" (*Sentencia de 18 de junio de 1998*).

b)Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que 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) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

En este sentido significar que no existe persistencia la vista de la imprecisa declaración prestada por la propia denunciante en el acto del juicio oral, en relación con la prestada en la fase instructora de la causa, pues divaga en aspectos esenciales de cómo se produjo la agresión, y así en declaraciones sumariales (f.47 y ssdijo que forzó abriéndole las piernas, y que el acusado llevaba bañador) y en el plenario que la cogió de los hombros, y llevaba pantalones-, o que no se acordaba, pero que la penetró y eyaculó hasta en dos ocasiones y, y que al día siguiente quería repetir.

Por tanto, a la vista de tales declaraciones recíprocamente excluyentes, y tras una valoración conjunta de la prueba practicada en el plenario, realizada conforme a la regla de la sana crítica, y en la forma que determina el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , no permite fundar una sentencia condenatoria ,dado que la versión de la denunciante ,por las razones repetidas, no tiene la consistencia, ni la fuerza necesaria para enervar la presunción de inocencia del acusado, por lo que procede dictar sentencia absolutoria, con toda clase de pronunciamientos favorables.

TERCERO . - Las costas procesales causadas en esta instancia, por ministerio de la ley, al dictarse sentencia absolutoria ,deben ser declaradas de oficio.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Enrique del delito agresión sexual, del que venía siendo acusado por la Acusación Particular,con declaración de oficio de las costas procesales causadas en esta instancia.

Procédase a dejar sin efecto las medidas cautelares,tanto personales como reales o patrimoniales que se hubieren adoptado en esta causa con respecto al referido acusado devenido absuelto.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días desde su última notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo, fallamos y firmamos en el lugar y fecha indicados.

PUBLICACIÓN . - La anterior Sentencia fue leída y publicada en el mismo día de su fecha, por el Ilmo, Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.