



Roj: **SAP B 6330/2019 - ECLI: ES:APB:2019:6330**

Id Cendoj: **08019370102019100176**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **01/03/2019**

Nº de Recurso: **8/2018**

Nº de Resolución: **124/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **JOSE ANTONIO LAGARES MORILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMA

Rollo de Sala Sumario nº 8/18

Sumario nº 2/18

Juzgado de Instrucción núm. 19 de Barcelona

SENTENCIA Nº 124/2019

Ilmas. SSas.

Sra. MONTSERRAT COMAS ARGEMIR CENDRA

Sr. JOSÉ ANTONIO LAGARES MORILLO

Sra. MARÍA VANESA RIVA ANIÉS

Barcelona, a uno de marzo de dos mil diecinueve.

VISTA en juicio oral y público ante la Sección Décima de esta Audiencia Provincial, la presente causa tramitada por los cauces del procedimiento sumario ordinario por un presunto delito de violación, seguida contra Eulogio , con NIE NUM000 , nacido el NUM001 de 1994 en Colombia, hijo de Felicísimo y Diana , en situación de prisión provisional por esta causa desde el 21 de febrero de 2018, representado por la Procuradora Elisa Rodes Casas y defendido por el Letrado Mario Ignacio Oller Donzel. Ha sido parte el Ministerio Fiscal ejerciendo la acusación pública. Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. JOSÉ ANTONIO LAGARES MORILLO, quien expresa la decisión unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La presente causa se incoó en virtud de atestado dando lugar a las Diligencias Previas nº 458/16 tramitadas por el Juzgado de Instrucción nº 19 de Barcelona, que posteriormente, mediante auto de 28 de febrero de 2018 se transformaron en el sumario nº 2/18 de ese mismo Juzgado, dictándose en esta misma fecha el auto de procesamiento contra Eulogio por un delito de agresión sexual y, seguidamente, tras recibirle declaración indagatoria, se dictó auto de conclusión del sumario el 4 de abril de 2018, recibándose las actuaciones en este Tribunal, donde se designó como Ponente al Ilmo. Sr. JOSÉ ANTONIO LAGARES MORILLO. Por este Tribunal se confirmó el auto de conclusión del sumario y se decretó la apertura del juicio oral contra el procesado.

El Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de violación de los artículos 178 y 179 del CP , de los que consideró autor al procesado, sin concurrir en él circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitando se le imponga la pena de 12 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como las penas accesorias de prohibición de aproximación a menos de 1000 metros de Evangelina , de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre, y de



comunicación con la misma por cualquier medio por un tiempo superior en diez años a la pena de prisión que se imponga, así como la medida de libertad vigilada por tiempo de 10 años. En relación a la pena de prisión solicitó su cumplimiento en España, y caso de sustituirse por expulsión del territorio español lo sea con prohibición de regreso al mismo por tiempo de 10 años y que la misma no se acuerde hasta que el acusado haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, sea clasificado en tercer grado o se le conceda la libertad condicional. Igualmente interesó la condena del procesado al pago de las costas procesales y a indemnizar a Evangelina en la cantidad de 6.000 euros por los daños morales, más los intereses del art. 576 de la LEC sobre dicha cantidad desde la fecha de la sentencia.

Por su parte, la defensa del procesado consideró que los hechos no son constitutivos de delito y que el procesado no tiene responsabilidad penal en ellos.

SEGUNDO .- Admitidas las pruebas propuestas por la acusación y la defensa que se estimaron pertinentes, se señaló como fecha para el comienzo de las sesiones del Juicio Oral el 28 de febrero de 2019.

TERCERO .- Abierta la sesión del acto del juicio, y conocidas por el acusado las peticiones de la acusación y la defensa, se practicó el interrogatorio del acusado, la testifical de la víctima y de uno de los agentes de policía actuantes, con renuncia de las partes al resto de los testigos, dándose por reproducida la prueba documental obrante en la causa, constando el resultado de la prueba practicada en el correspondiente soporte de grabación audiovisual.

CUARTO .- Practicada la prueba, el Ministerio Fiscal, en el trámite de calificación definitiva, modificó sus conclusiones provisionales formuladas en su escrito de acusación, interesando la imposición al procesado de la pena de 6 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, manteniendo las mismas peticiones contenidas en las conclusiones provisionales respecto de las prohibiciones de aproximación y comunicación, e interesando que la medida de libertad vigilada solicitada tenga una duración de 7 años. Asimismo interesó que, con arreglo al art. 89.2 del CP, la pena de prisión se cumpla íntegramente en España y no sea sustituida por expulsión del territorio español. En el mismo trámite, la defensa del acusado modificó las conclusiones formuladas en su escrito de defensa en el sentido de mostrar su conformidad con los hechos que el Fiscal relata en su escrito de acusación, manifestando igualmente su conformidad con las peticiones de pena del Ministerio Público, así como con las penas de prohibición de aproximación y comunicación y con la libertad vigilada interesada por aquél, así como respecto de la petición de responsabilidad civil. Finalmente se dio la última palabra al acusado y se declaró el juicio visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Queda probado que sobre las 06:30 horas del 11 de junio de 2016, Eulogio, nacional colombiano mayor de edad y con residencia legal en España, sin antecedentes penales al tiempo de los hechos y en prisión provisional por esta causa desde el 21 de febrero de 2018, abordó por la espalda a Evangelina, que contaba entonces con 23 años de edad), cuando ésta se disponía a montarse en su motocicleta, estacionada en el nº 6 de la calle Escorial de Barcelona, y, con ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos, mientras le agarraba fuertemente para que no pudiese huir, le dijo "no grites que será peor", metiéndole seguidamente la mano por dentro de los pantalones que vestía la víctima, tocándola tanto por delante como por detrás y terminando por introducirle los dedos, primeor en la vagina y luego en el ano, mientras le decía "camina y no grites, como si fuéramos novios", al tiempo que la arrastraba hasta la entrada de un parking cercano, momento en que pasó por la calle Adrià Rojo Font, circunstancia que aquélla aprovechó para liberarse del procesado y correr pidiendo auxilio, ante lo que Eulogio optó por darse inmediatamente a la fuga. La víctima denunció los hechos a las 07:51 horas de ese mismo día.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de un delito de agresión sexual (violación) consumado de los artículos 178 y 179 del CP. Hemos de partir de la doctrina jurisprudencial consolidada que viene manteniendo que el bien jurídico protegido de los arts. 178 y 179 del CP es la libertad sexual de todo ser humano, de modo que este derecho a decidir el propio individuo en el ámbito de actividades de naturaleza sexual quedará violentado cuando mediante la fuerza física o la violencia psíquica se invade esa inalienable y privativa facultad de la persona de consentir o rechazar un contacto sexual cualquiera que sea la naturaleza de éste, de modo que quedará consumado el tipo cuando, con desprecio a ese personalísimo derecho a decidir, se ataca la sexualidad del otro, imponiéndole por las vías de hecho o por coerción psíquica actos o comportamientos de aquella naturaleza, siendo que la fuerza física o la intimidación psíquica se



presenta como requisito esencial, ya que el delito de agresión sexual requiere que se realice una conducta violenta o intimidatoria que conlleva la exigencia típica del atentado a la libertad sexual constitutiva de agresión y que representa el elemento diferenciador con respecto al abuso sexual. En definitiva, el bien jurídico protegido por estos delitos es la libertad sexual individual, entendida como la "capacidad de determinación espontánea en el ámbito de la sexualidad", distinguiendo un aspecto positivo y otro negativo. En su aspecto positivo, la libertad sexual significa la libre disposición por la persona de sus propias capacidades y potencialidades sexuales, y esto tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social; o lo que es lo mismo, la facultad de disponer del propio cuerpo o el ejercicio libre de la sexualidad. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo, y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual indeseado. El elemento subjetivo de la acción viene determinado por la finalidad de involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad, con independencia de cuál sea el ánimo, la tendencia, o la finalidad específica perseguidas por el autor, de cuáles sean las motivaciones específicas de éste. De ahí que sólo se exija un dolo genérico, resultando antijurídica la conducta por la mera concurrencia de los elementos objetivos requeridos en el tipo legal.

El artículo 178 del Código Penal dispone que "el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años". La Sentencia del Tribunal Supremo: nº 39/2009 de fecha 29/01/2009, desgana los requisitos del tipo penal. El artículo 179, por su parte, determina 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 prisión de seis a doce años". A dicho supuesto se refiere la sentencia del Tribunal Supremo 410/2009, de 24 de abril. El art. 178 contiene el tipo básico de agresión sexual y proporciona su concepto genérico expresando el bien jurídico protegido: la libertad sexual. Se tipifica el ataque a la libertad sexual cuando se emplea por el agente alguna clase de violencia o intimidación, como elemento objetivo, y el conocimiento de tales características del elemento objetivo, esto es, el carácter sexual de la acción realizada en el cuerpo de otro y la ausencia o irrelevancia de su consentimiento, como elemento subjetivo. El art. 179 contiene un tipo específico y agravado de la agresión sexual castigando ésta de forma más grave cuando se concrete en "el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías".

La STS. 373/2008, de 24 de junio, con cita de otras precedentes, señalaba que "el art. 178 CP define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia e intimidación". Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, se ha dicho en la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, que equivale 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 (STS 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre) y debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado (SSTs. 130/2004 de 9.2 y 1164/2004 de 15.10). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y, por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas. Doctrina ésta recogida en la STS. 105/2005 de 29.1, y reiterada en las SSTs. 770/2006 de 13.7, 804/2006 de 20.7 y 10.7.2007, que insisten en que lo trascendente es que quede clara la negativa de la víctima a acceder a las pretensiones del autor, la necesidad de emplear la violencia o la intimidación para doblegar su voluntad y la idoneidad de la empleada, precisándose en la STS. 31.3.2004 que la violencia empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que deba presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, por no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o



la actitud de aquél, no la de ésta, debiendo hacerse aquí constar que -como dice la STS. 1.10.99 - no es exigible ni siquiera que se resista o que manifieste una actitud pasiva de no colaboración, pues incluso puede darse la intimidación con la presencia de una actitud activa, cuando la conducta sexual se impone mediante actos tendentes a vencer la negativa de la víctima".

En consecuencia, la necesidad de resistencia o de oposición de la víctima al contacto sexual no es ciertamente un elemento del tipo, sino que tiene más bien el significado de un hecho relativo a la prueba de la falta de consentimiento de la víctima o de la idoneidad de la violencia o la intimidación. Para la valoración de la violencia y la intimidación la Sentencia nº 2132/2002 de 23 de diciembre destacaba que, según la Jurisprudencia de esta Sala, para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (S.S.T.S. de 05/04/00 , 04 y 22/09/00 , 09/11/00 o 25/01/02 y 01/07/02).

En el caso que nos ocupa, ha quedado suficientemente acreditado el acto depredatorio sexual cometido por el procesado respecto de la víctima, con carácter consumado, consistente en la introducción de sus dedos en la vagina y en el ano de la víctima en contra del consentimiento de ésta, habiendo empleado intimidación suficiente para doblegar su voluntad, al abordarla por la espalda y agarrarle fuertemente por los brazos mientras le decía que no gritase o sería peor. Ello resulta no sólo del testimonio de la perjudicada que reúne todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para servir, por sí solos, para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al procesado, sino también por el propio reconocimiento de los hechos por parte de éste, que corrobora la versión de aquélla, así como por la testifical de uno de los agentes de policía intervinientes que actuaron como testigos de referencia y participaron en la investigación sobre la identificación del sospechoso, y por el visionado de las cámaras de videovigilancia de la estación del metro próxima al lugar de los hechos y los fotoprinters obtenidos de las mismas y en los que se observa la presencia del acusado en las proximidades en momentos cercanos al hecho, lo que permitió su identificación.

SEGUNDO .- Pasando ya a la valoración de la prueba practicada en el plenario en orden a acreditar los hechos enjuiciados, ha de partirse necesariamente de ciertas premisas. El Derecho Penal trata de asegurar que las personas ejerzan su actividad sexual en libertad, por ello, adquieren relevancia típica los comportamientos que involucran a una persona en un contexto sexual no voluntario, en la medida que menoscaban la libertad sexual -identificada con la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual- o la indemnidad sexual -ceñida a la tutela de la potencialidad de desarrollo de una actividad sexual en libertad-. Resulta necesario recordar que los delitos contra la libertad sexual, máxime cuando afecten a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela que dichas personas merecen como víctimas de los mismos. Pero siendo todo ello cierto, en ningún caso puede aceptarse que el carácter odioso de los hechos denunciados determine una degradación de las garantías propias del proceso penal y especialmente del derecho constitucional a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental y presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso. Por ello, siendo la Constitución norma jurídica suprema de aplicación directa e inmediata (máxime en materia de derechos y garantías fundamentales), obliga a los distintos órganos de la jurisdicción ordinaria a reinterpretar, conforme al principio de constitucionalidad de las normas jurídicas, los preceptos que afecten o puedan afectar a la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, de modo que aquellos preceptos resulten compatibles con aquella Súper Ley, por tanto, atendiendo al derecho constitucional a la presunción de inocencia presente en el art. 24.2 CE , se impone reinterpretar el "dogma" de la libre valoración de la prueba con las pautas ofrecidas por el Tribunal Constitucional, singularmente en la ya histórica sentencia de 27.8.81 , que tiene su complemento en la de 26.7.82 , lo que en definitiva, impone un modelo constitucional de valoración de la prueba e implica que para que se dé un fallo condenatorio es preciso deslindar como fases perfectamente diferenciadas dentro del proceso de análisis de las diligencias, las dos siguientes:

1.ª) Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas; y

b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2.ª) Una segunda fase de carácter predominante subjetivo, para la que habría que reservar "strictu sensu" la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.



En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio "in dubio pro reo". Así, la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (ver STC 31 mayo 1985) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien la mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo, y, por su parte, el principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir, de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal a quien compete su valoración en conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECrim). Sin embargo, respecto de la segunda fase, la calificada como predominantemente subjetiva, es en la que el Juez de instancia valora el resultado de la prueba, ponderando en conciencia los distintos elementos probatorios presentes en las actuaciones y formando ya en base a tales datos objetivos libremente su convicción, con la importante precisión de que también en esta segunda fase sigue operando, respecto del juzgador de instancia, el derecho constitucional analizado, pero ahora ya con la clásica formulación de "in dubio pro reo". En este sentido habrá que señalar que dicho principio es una condición o exigencia subjetiva del consentimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpativa existente aportada al proceso (STC. 44/89) de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

Por tanto, debe distinguirse el principio "in dubio pro reo" de la presunción de inocencia. Ésta supone el derecho constitucional imperativo de carácter público que ampara al acusado cuando no existe actividad probatoria en su contra y aquél es un criterio interpretativo, tanto de la norma como de la resultancia procesal a aplicar en la función valorativa, o lo que es lo mismo, si a pesar de toda la actividad probatoria, no le es dable al Tribunal subsumir los hechos acaecidos en el precepto, no queda convencido de la concurrencia de los presupuestos negativos y positivos del juicio de imputación, el proceso penal debe concluirse, por razones de seguridad jurídica, con una declaración negativa de culpabilidad, al ser menos gravoso a las estructuras sociales de un país la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente (STS. 20.3.91). Es decir, que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación impuesta al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (STS. 15.5.93 y 30.10.95), por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LECrim , llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de una bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones inculpativas llevadas a la resolución. Como precisa la STS. 27.4.98 , el principio "in dubio pro reo" no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpativo, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

Expuestas las anteriores consideraciones, la primera cuestión que se nos presenta es la relativa a qué hemos de entender por prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que el Tribunal Constitucional en sentencias, entre otras muchas, 201/89 , 217/89 y 283/93 , ha declarado que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba efectuados en el juicio oral, contradictoriamente, y que la prueba haya sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal criminal, que la convicción judicial se obtenga con absoluto respeto a la inmediatez procesal y que esta actividad y convencimiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia. De otro lado, se ha de resaltar, y en este punto se debe coincidir en que el convencimiento del Juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aun cuando éste sea la propia víctima (ss. T.S. 19- 1 , 27-5 y 6-10-88 , 4-5-90 , 9-9-92 , 13-12-92 , 24-2-94 , 11-10-95 , 29-4- 97 , 7-10-98 ; TC. 28-2-94).

En efecto la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (ss. 706/2000 y 313/2002) como del Tribunal Constitucional (ss. 201/89 , 173/90 , 229/91). Como declara la Sentencia de la Sala II del TS de 21 de septiembre de 2000, nº 1413/2000 , esta Sala viene diciendo de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (Sentencias de 5 de marzo , 25 de abril , 5 y 11 de mayo de 1994 , entre otras muchas). Declaración cuya valoración corresponde al Tribunal juzgador que la presencié dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad que son las que después se expondrán. Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en



prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador. Así el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuido a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba. Así la sentencia del Tribunal Supremo 30-1-99 destaca que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (ss. 28-1 y 15-12-95), bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige -como ha dicho la STS. 29-4-97 - una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa, precisando la STS. 29-4-99 que no basta la mera afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, ya que esa afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y ésta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

Precisamente este defectuoso entendimiento de la doctrina constitucional es lo que ha forzado al Tribunal Supremo, cumpliendo su función nomofiláctica que no puede excluir de su campo de influencia una parcela tan primordial en el enjuiciamiento penal como es el de la valoración probatoria, a señalar en una reiterada jurisprudencia, cuáles son los tres parámetros mínimos de contraste a los efectos de la valoración racional de la declaración del o de la denunciante como prueba de cargo (ss. TS. 28-9-88 , 5-6-92 , 8-11-94 , 11-10-95 , 15-4-96 , 30-9-98 , 22-4-99 , 26-4-2000 , 18-7-2002). También ha declarado el Tribunal Supremo , en muchas ocasiones -por ejemplo 29-12-97 - que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador. Bastaría con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan precisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

En consecuencia dicha Sala II del TS ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas:

1ª) Ausencia de incredulidad 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 (no es lo mismo un mayor de edad que un menor, o un niño) 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 tiene por regla general 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).

2ª) 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 (Sentencias de 5 de junio de 1992 ; 11 de octubre de 1995 ; 17 de abril y 13 de mayo de 1996 ; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim .), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996 , el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

3ª) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin 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.

Debe recordarse en todo caso que no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba sino de criterios o parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que esos factores de razonabilidad valorativos representan. Conviene precisar aquí, como se deduce de lo expuesto, que tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que esta Sala pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa, dice la STS. 19.3.2003 , que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor u víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad puede ocurrir que las declaraciones de ésta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquéllas, que, aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Finalmente, tras esa operación, por tratarse ordinariamente de un testimonio único, tendrá que tener en cuenta el Tribunal de instancia si existen datos que corroboren complementariamente su afirmación, con objeto de dotarla de certeza material, base de la convicción judicial razonada.

Por lo que se refiere a los hechos objeto de enjuiciamiento, se contó con el testimonio de la víctima, Evangelina , quien se ratificó en la denuncia formulada en su día ante la policía, esto es, que cuando se disponía a coger la moto que tenía estacionada cerca de su domicilio el acusado la abordó por detrás y le agarró de los brazos, ante lo cual gritó pensando que le quería robar, ante lo que él le dijo que no gritara que sería peor, que hiciese como si fuesen novios, para seguidamente, mientras le sujetaba el brazo con la mano izquierda, introducirle la mano derecha por dentro de las mallas de deporte que llevaba y dos o tres dedos en la vagina, al tiempo que le apretaba el brazo y le insistía en que no gritase que sería peor, situación que duró unos 30 segundos, tras lo cual el procesado le introdujo uno o dos dedos en el ano y le hizo caminar con ellos dentro en dirección a un



parking, hasta que se cruzaron con un hombre que caminaba por allí y ella gritó y salió corriendo, marchándose el procesado de manera tranquila.

Por su parte, el procesado reconoció los hechos tal cual aparecen relatados en el escrito de acusación del Fiscal, asumiendo su responsabilidad por los mismos.

Se contó igualmente con el testimonio del agente de los Mossos d'Esquadra nº NUM002 , que recogió la denuncia de la víctima y, al tratarse de hechos similares a otros ocurridos a otras dos chicas en lugares próximos y cometidos por un individuo cuyas características físicas coincidían, le mostró los fotoprinters de la estación del metro por la que se supone que huyó su agresor y varias fotografías en las que identificó sin ninguna duda al procesado como el autor de los hechos, a quien identificó también en rueda (folio 72 de la causa).

La prueba practicada a este respecto confirma la agresión sexual denunciada y por la que el procesado ha de ser condenado, esto es, un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del CP , en grado de consumación, por cuanto hubo introducción de dedos del procesado en la vagina y ano de la víctima en el ámbito de una situación intimidatoria para ésta.

Como se dijo anteriormente, la necesidad de resistencia o de oposición de la víctima al contacto sexual no es ciertamente un elemento del tipo, sino que tiene más bien el significado de un hecho relativo a la prueba de la falta de consentimiento de la víctima o de la idoneidad de la violencia o la intimidación, pero es preciso que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Es decir, se precisa que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como desde un punto de vista subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. En este supuesto, la violencia empleada por el agresor para atentar contra la libertad sexual de la víctima se puso de manifiesto en haberla agarrado fuertemente de los brazos, y la situación intimidatoria devino de las palabras que le profirió de que si gritaba sería peor, lo que apuntaba a que atentaría contra su vida o integridad física y ello hizo que la víctima no ofreciera una clara oposición o resistencia a su acto depredatorio sexual.

TERCERO.- Del expresado delito es responsable penalmente en concepto de autor el acusado conforme a lo previsto en el art. 28 del Código Penal vigente. Su participación culpable en el delito que se le imputa no ofrece la más mínima duda razonable al tribunal, a la vista del resultado de la prueba practicada en el juicio oral y a su propia declaración, que ya han sido valoradas.

CUARTO.- En cuanto a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no es de apreciar ninguna pues no han sido ni alegadas ni probadas.

QUINTO .- Entrando ya en la individualización de las penas a imponer, ha de partirse de la penalidad prevista en el art. 179 del CP al perpetrarse el hecho de manera intimidatoria, que es de 6 a 12 años de prisión, procediendo fijarla en su mitad inferior por no concurrir ninguna circunstancia de especial agravación, considerando justificada la de 6 años y 6 meses de prisión, al no limitarse el acusado a introducir los dedos sólo en la vagina de la víctima sino también hacerlo en su ano, y coincidiendo así con la petición de pena del Ministerio Fiscal a la que mostró su conformidad la defensa del procesado, pena de prisión que llevará como accesoria la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena ex art. 56 del CP , pues la inhabilitación absoluta sólo procede imponerla a penas iguales o superiores a los 10 años de prisión ex art. 55 del CP , y procede también imponer en este caso, atendida la gravedad del hecho y la circunstancia de que el procesado, al tiempo de su comisión, frecuentaba el lugar en que lo cometió que está próximo a al lugar de residencia de la víctima, y de acuerdo con el art. 57.1 del CP , las penas accesorias de prohibición de aproximación a Evangelina , a su domicilio o lugar de trabajo a una distancia inferior a 1.000 metros por tiempo de 16 años y 6 meses, y de comunicación con la misma por cualquier medio durante igual período de tiempo. Igualmente procede imponerle, de acuerdo con el art. 192 del CP , y en aras a evitar que pueda repetirse el mismo hecho en el futuro, la medida de libertad vigilada por tiempo de 7 años, cuyo inicio producirá una vez cumplida la pena de prisión impuesta.

La pena de prisión impuesta habrá de cumplirse íntegramente en España, no procediendo su sustitución en todo o en parte por la expulsión del procesado del territorio español con prohibición de regreso al mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 89.2 del CP y lo peticionado por el Ministerio Fiscal, a lo que mostró su conformidad la defensa del procesado.



SEXTO .- De acuerdo con lo dispuesto en el art. 116 del CP , toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. En este caso, el Fiscal interesa la condena del procesado al pago de una responsabilidad civil por importe de 6.000 euros por los daños morales causados a la víctima. En materia de indemnización de daños morales, la Sala del Tribunal Supremo ha declarado, hasta conformar doctrina legal (Sentencias entre otras, de 20-7-96 , 5-2-00 , 7 de julio y 22 de octubre de 2001 y 23 de marzo de 2011), que: "La fijación de la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, dado su componente subjetivo, queda reservada al prudente arbitrio del Tribunal de Instancia, sin que sea revisable en casación siempre que esté observado los criterios jurisprudenciales y reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación". En este caso, la defensa se aquietó con la petición indemnizatoria reclamada y que este Tribunal considera prudente atendidos los hechos ocurridos, por lo que procede condenar al procesado a su abono. La referida suma devengará el interés del art. 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia.

SÉPTIMO .- De acuerdo con lo establecido en los arts. 123 del CP y 240 de la LECrim , procede la condena en costas del procesado.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** a Eulogio como autor responsable criminalmente de un delito consumado de agresión sexual (violación) con introducción de dedos por vía vaginal y anal, previamente definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 años y 6 meses de prisión, que deberá cumplirse íntegramente en España, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a las penas accesorias de prohibición de aproximación a Evangelina , a su domicilio o lugar de trabajo a una distancia inferior a 1.000 metros por tiempo de 16 años y 6 meses, y de comunicación con la misma por cualquier medio durante igual período de tiempo. Asimismo se le impone la medida de libertad vigilada por tiempo de 7 años, cuyo inicio se producirá una vez finalizado el cumplimiento de la pena de prisión impuesta.

Igualmente, debemos **CONDENAR** a Eulogio a indemnizar a Evangelina en la suma de 6.000 euros por los daños morales causados a la misma, cantidad que devengará el interés del art. 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia.

Abónese al procesado, para el cómputo de las penas de prisión impuestas, el tiempo que haya estado privado provisionalmente de libertad por esta causa.

Notifíquese la presente sentencia a todas las partes comparecidas, con expresión de que contra la misma cabe interponer ante esta Sala recurso de apelación, en el plazo de los diez días siguientes a su notificación, y para su resolución por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Notifíquese igualmente la presente resolución a los perjudicados o víctimas que no han sido parte en el procedimiento.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente ha sido publicada la anterior sentencia el día de la fecha. DOY FE.