



Roj: **SAP BI 512/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:512**

Id Cendoj: **48020370062019100092**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **6**

Fecha: **07/02/2019**

Nº de Recurso: **30/2018**

Nº de Resolución: **10/2019**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **ANGEL GIL HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

BARROETA ALDAMAR, 10-4ª planta - CP/PK: 48001

**TEL.** : 94-4016667 **FAX** : 94-4016995

NIG P.V. / IZO EAE: 48.01.1-17/000877

NIG CGPJ / IZO BJKN :48027.43.2-2017/0000877

**Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 30/2018 - E**

Atestado n.º/ Atestatu-zk. : NUM000

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO. MALTRATO HABITUAL /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Durango - UPAD / Durangoko Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 4 zenbakiko Epaitegia - ZULUP Sumario / Sumarioa 261/2017

Contra / *Noren aurka* : Eduardo

Procurador/a / *Prokuradorea* : ESTHER ALONSO OLABARRIA

Abogado/a / *Abokatua* : JOSE VICENTE NUÑEZ MOLERO

Evangelina en calidad de ACUSADOR PARTICULAR

Abogado/a / *Abokatua*: ANA BILBAO ASTIGARRAGA

Procurador/a / *Prokuradorea*: LEIRE FRAGA AREITIO

**SENTENCIA N.º 10/2019**

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

D. ANGEL GIL HERNANDEZ

D.ª MARIA CARMEN RODRIGUEZ PUENTE

D.ª MIREN NEKANE SAN MIGUEL BERGARETXE

En BILBAO (BIZKAIA), a siete de febrero de dos mil diecinueve.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, el presente Rollo Penal procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Durango, por un delito de Maltrato Habitual contra Eduardo , con DNI. NUM001 representado por la Procuradora Sra. Esther Alonso Olabarria y bajo la dirección letrada de D. Jose Vicente Nuñez Molero, siendo partes acusadoras el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular Dª Evangelina , representada por la Procuradora Sra. Leire Fraga Areitio y bajo la dirección letrada de Dª Ana Bilbao Astigarraga, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON ANGEL GIL HERNANDEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO



**PRIMERO.-** El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito contra la Libertad e Indemnidad Sexual en la modalidad de Agresión Sexual, previsto y penado en el artículo 178 y 179 del C.P. así como de un Delito de Coacciones, previsto y penado en el artículo 172.2 del C.P. De los hechos responde el procesado en concepto de autor, concurriendo en el delito de agresión sexual la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del C.P. solicitando imponer al mismo por el delito de agresión sexual la pena de 10 años de prisión con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, accesoria de prohibición de acercarse a Evangelina a una distancia no inferior de 500 metros o al lugar donde ésta resida por el tiempo de 10 años, a residir a menos de 500 metros de ella durante 10 años y a comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 10 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el tiempo de 11 años. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 192.1 del C.P. se solicita libertad vigilada por un periodo de 6 años.

Por el delito de coacciones, solicita la pena de 1 año de prisión con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, accesoria de prohibición de acercarse a Evangelina a una distancia no inferior a 500 metros o al lugar donde esta resida por el tiempo de 2 años, a residir a menos de 500 metros de ella durante 2 años y a comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 2 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el tiempo de 2 años y al pago de las costas causadas.

El procesado deberá indemnizar a Evangelina en la cantidad de 210 euros por las lesiones causadas, y en la cantidad de 5000 euros por los daños morales, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC, siendo de aplicación la ley 35/91 de 11 de noviembre.

**SEGUNDO.-** La Acusación Particular en sus conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de un Delito de Agresión Sexual de los artículos 178 y 179 del C.P. en relación con los artículos 57.1 y 2 y 48.2 del C.P. así como de un Delito de Coacciones del artículo 172 del C.P. en relación con los artículos 57.1 y 2 y 48.2 del C.P. De los hechos narrados responde el procesado en concepto de autor, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del C.P. Concorre en el delito de agresión sexual la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del C.P. solicitando para el procesado, por el primer delito la pena de doce años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con la accesoria de prohibición de acercamiento respecto de Evangelina a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar en el que se encuentre o frecuente a una distancia no inferior a 500 metros, por tiempo superior a cinco años de la pena de prisión que definitivamente se le imponga, así como prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio, por el mismo tiempo. Procede, de conformidad con lo previsto en el artículo 192.1 del C.P. la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años.

Así mismo, por el segundo delito solicita la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena accesoria de prohibición de acercamiento respecto de Evangelina a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar en el que se encuentre o frecuente a una distancia no inferior a 500 metros, por tiempo de dos años, así como prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio, por el mismo tiempo. Procede la imposición de costas al procesado.

**TERCERO.-** La defensa del procesado, en idéntico trámite, se muestra disconforme con los hechos narrados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, solicitando la libre absolución del mismo.

En el acto de juicio oral se elevan sus conclusiones a definitivas.

## HECHOS PROBADOS

**UNICO.-** Probado y así se declara que D. Eduardo, nacido el NUM002 de 1994 en Piñas-El Oro (Ecuador), con D.N.I. NUM001 y sin antecedentes penales, quien sobre las 09:30 horas del día 16 de julio de 2017 se dirigió al domicilio sito en el BARRIO000, C/ DIRECCION000, bloque NUM003, portal NUM004, piso NUM005 de la localidad de Abadiño, donde residía un amigo, Pascual, y donde sabía se encontraba quien fue su pareja sentimental, Evangelina, relación que había cesado unos dos ó tres meses antes.

Tras llamar insistentemente al timbre correspondiente a dicha vivienda y pese a conocer que de la misma ya había salido el amigo que vivía en ella, accedió a su interior y se dirigió directamente a la habitación de éste, donde encontró a la Sra. Evangelina tumbada en la cama y, actuando con ánimo de atentar contra su libertad sexual, se abalanzó sobre ella y tras romperle la ropa interior que vestía, le metió los dedos en la vagina mientras le dirigía expresiones tales como que "sólo servía para eso", "eres una utilizada", "mira como tienes el coño".

Además, guiado por igual ánimo, le metió los dedos en la boca diciéndole "todos se corren en tu boca".

Durante los referidos hechos, el Sr. Eduardo para facilitar su objetivo, golpeó en varias ocasiones a la Sra. Evangelina, le empujó y la tiró al suelo, le agarró de la cara y la escupió hasta que el padre de Pascual, Sergio



, oyó los gritos de la mujer y tras ser apartado y sacado de la habitación por Sergio , Eduardo se fue de la casa, lugar que con posterioridad también abandonó Evangelina , y cuando se dirigía en su vehículo a su domicilio, sito en la localidad de Mañaria, en la recta existente entre las localidades de Durango y Matiena, se cruzó con un turismo de la marca KIA conducido por el procesado quien, al verla, dio la vuelta y comenzó a seguirla, haciendo amagos de embestirla, hasta la ermita de San Fausto, en la calle Faustebide de Durango, donde cruzó el vehículo de manera que le obligó a ella a detener el suyo. Se dirigió al vehículo de Evangelina , abrió la puerta e intentó sacarla a la fuerza del mismo, lo que no pudo conseguir al estar sujeta por el cinturón de seguridad.

A consecuencia de estos hechos, Evangelina sufrió lesiones consistentes en cuatro escoriaciones rojas, lineales superficiales, de unos 15 mm cada una, dos de ellas paralelas, en cara medial del antebrazo izquierdo; cuatro escoriaciones rojas, lineales, con hematoma rojo circundante, de unos 50, 50, 30 y 30 mm respectivamente, paralelas entre sí, en región torácica anterior izquierda, supramamarias; una escoriación roja, lineal, de unos 10 mm, en región intermamaria; tres escoriaciones rojas, lineales, juntas y paralelas, de unos 10 mm cada una, en región intermamaria; tres escoriaciones lineales, rojas, con edema, de unos 20, 25 y 14 mm en antebrazo derecho; equimosis rojas en cuadrante inferior derecho de la pared abdominal anterior; en vagina una pequeña herida mucosa reciente en cara lateral izquierda, de 1 cm aproximada que sangra levemente, que requirieron, una primera asistencia facultativa, curando en 7 días, por los que formula reclamación. Estos hechos han causado en Evangelina un trastorno de adaptación de tipo ansioso-depresivo con algún elemento postraumático, tardando en estabilizarse unos 30 días, curando sin secuelas, formulando reclamación. Mediante auto de fecha 17 de julio de 2.017, se acordó por parte del Juzgado e Instrucción nº 4 de Durango orden de protección en favor de Evangelina .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Habiéndose invocado por el acusado el principio de presunción de inocencia, negando los hechos correlativos de la acusación, hemos de matizar con carácter previo que la jurisprudencia constitucional (por todas, STC de 22 Oct. 2001 ), en relación con la prueba válida para enervar la presunción de inocencia ha declarado que:

A) En principio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que se desarrolla, en forma oral, ante el mismo juez o Tribunal que ha de dictar sentencia (entre muchas, SsTC 31/1981 , 217/1989). Con carácter excepcional ha admitido el Tribunal Constitucional la validez de la prueba preconstituida, siempre que se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral ex artículo 730 LECrim .), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción); objetivos (la imposibilidad de contradicción, para lo cual se debe proveer de Abogado al imputado); y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el citado artículo 730 [por todas, SSTC 303/1993 ]).

B) En segundo lugar, si bien en principio la prueba testifical debe practicarse en el juicio oral, pues de sus propias características no deriva ni su carácter irrepetible ni una imposibilidad genérica de ser practicada en el mismo, no obstante, excepcionalmente, puede ser incorporada al proceso como prueba anticipada si, dadas las circunstancias del caso, existe una imposibilidad real de que sea practicada en el juicio oral (por todas STC 10/1992 ); tal es el caso, por ejemplo, de imposibilidad del testigo de acudir al juicio oral por fallecimiento ( STC 41/1991, de 25 feb .)

C) Y, por último, con relación al testimonio de referencia, la doctrina jurisprudencial parte de su admisión como uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena, aún cuando se niegue que por sí sola, y en todo caso, pueda erigirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia ( SsTC 217/1989 ; 79/1994 ; 35/1995 ; 131/1997 ; 7/1999 ; 97/1999 ; etc.)En nuestro caso, el testimonio de quien ha oído lo que la víctima le narra incorpora un elemento probatorio, no un mero indicio, suficiente para considerar acreditada la autoría y circunstancias del hecho. Porque la doctrina jurisprudencial (ver SsTs. de 13 de Mayo. 1996 , 16 May. 1998 y 18 Jun. 1999 ) enseña que los testigos de referencia constituyen en principio actos de prueba válidos, pues la Ley no excluya su eficacia; pero para ello es preciso, entre otras circunstancias, que expresamente se haga constar el origen de la noticia en virtud de la cual se comparece en el proceso como tal testigo; ello sin perjuicio de reconocer la propia jurisprudencia la desconfianza con que esa prueba se recibe por parte de los Jueces, por lo que se recomienda oír prioritariamente a quienes hayan presenciado los hechos acaecidos.

Pues bien, desde esta perspectiva, no ignorando la dificultad probatoria que se presenta en los delitos contra la libertad sexual, por la forma clandestina en que los mismos se producen ( STS de 12 de febrero de 2004, nº 173/2004 ), se ha de analizar la prueba de cargo, valorando, conforme a nuestras atribuciones legales y



constitucionales, las declaraciones de la víctima de los hechos, las manifestaciones testificales y las pericias desarrolladas.

Así esta sala ha contado con el testimonio ofrecido por la víctima Evangelina , dotado de los requisitos que verosimilitud y persistencia en la incriminación, quien con suficiente grado de detalle relató como el día de los hechos había pasado la noche con un amigo, Pascual , durmiendo en su domicilio puesto que sobre la una de la madrugada habían llegado al mismo procedentes de una fiesta, sito en el BARRIO000 , ( DIRECCION000 , bloque NUM003 , piso NUM005 ) , de modo que después de quedarse sola el habitación porque su amigo había marchado alrededor de las siete de la madrugada a trabajar, y encontrándose en ropa interior sobre la cama, oyó como alguien llamaba insistentemente al timbre, primero del portal y luego de la vivienda, desconociendo quien abrió la puerta, de la misma, aunque deduce tuvo que ser el padre de Pascual , pues es la única persona que se encontraba en el domicilio aparte de ella, de modo que entró repentinamente su ex pareja Eduardo , y se abalanzó sobre ella. Así, tras romperle la ropa interior que vestía, le metió los dedos en la vagina mientras le dirigía expresiones ofensivas tales como que " sólo servía para eso", "eres una utilizada", "mira, cómo tienes el coño", y otras semejantes. Además, le metió los dedos en la boca diciéndole "todos se corren en tu boca", y a pesar de que se defendía dándole empujones y patadas, Eduardo la golpeó en varias ocasiones, le empujó, la tiró al suelo, le golpeó, le agarró fuertemente de la cara, oprimiéndosela, y le escupió encima, todo ello en un contexto de gran violencia. Añadió que fueron unas acciones que se desarrollaron en un corto espacio de tiempo, pues, enseguida apareció en la habitación el padre de Pascual , quien paró la agresión, sujetó al agresor y lo echó de casa, tras un buen rato de discusión toda vez que no quería abandonar el domicilio, dado el estado de excitación y agresividad en que se encontraba.

Dicha declaración, evidentemente inculpatoria, en absoluto ha quedado desvirtuada por la propia versión auto exculpatoria que ha ofrecido en el plenario el acusado, toda vez que comenzó su declaración indicando que la relación sentimental con la víctima había cesado el día anterior, hecho desmentido no sólo por la propia declaración de la agredida, sino por la testifical con la que ha contado esta sala, de las amigas de Evangelina , conocedoras de su relación con aquél, quienes de forma reiterada han declarado como esa relación sentimental había cesado varios meses antes, si bien se veían pero no como pareja. Dicho ello, tampoco ha quedado acreditado el motivo alegado por el acusado por el cual se encontraba el día de los hechos en las inmediaciones del lugar donde pasó la noche su ex pareja, toda vez que ha insistido en el hecho de que el motivo por el cual accedió al domicilio fue para hablar con Pascual , pues se había enterado de que tenía relación sentimental con su ex pareja. Dicho relato carece de sentido toda vez que no solo el propio acusado ha reconocido que antes de acceder al domicilio, ya en el portal, se encontró con Pascual , quien abandonaba el domicilio para ir a trabajar en compañía de sus perros, lo cual no pudo conseguir porque éste se marchó del lugar sin hablar con él, sino porque carece completamente de fundamento que accediera al domicilio en el que ya sabía no se encontraba la persona con lo cual quería discutir, cuando lo más lógico parece entender que el real motivo para dicho acceso fue porque sabía que su ex pareja había pasado la noche en aquel lugar en compañía de otra persona, y como el mismo acusado dijo en su declaración se encontraba "caliente". Igualmente, carece de fundamento la versión que ofrece Eduardo respecto a la agresión sufrida por la víctima, respecto de la cual indica ser él el agredido, al señalar que al entrar en la habitación Evangelina le lanzó un objeto, que lo esquiva, y que se inicia una mutua discusión y forcejeó en el que ella le araña y agrede hasta que aparece el Padre de Pascual , que les separa.

No solo esta versión es contradicha por el propio parte de lesiones que sufrió la víctima, sino por la propia declaración del testigo, que como veremos con posterioridad, indica acudió a la habitación precisamente porque oyó los gritos y las expresiones de Evangelina , no precisamente en un contexto agreivo sino de ser víctima de algún tipo de agresión por parte de un tercero.

En efecto, Sergio , padre de Pascual fue quién abrió la puerta del domicilio al acusado, indicando a la Sala como nada más abrir, creyendo que era su hijo, Eduardo dió un empujón a la puerta y entró como enfurecido, dirigiéndose directamente y sin mediar más palabra, a la habitación donde se encontraba la víctima (extremo que Sergio desconocía), lo que contradice fundamentalmente la versión del acusado sobre el motivo de acudir al domicilio de Pascual , el de hablar con él, pues ya sabía que no se encontraba en el mismo al haberle visto salir hacia el trabajo instantes antes.

También declaró como acudió a la habitación muy poco tiempo después de oír gritar y como una discusión, explicando en su declaración sumarial haber oído a la chica expresiones de estar siendo atacada o agredida, siendo compatible su actuar con el relato que se da por probado, toda vez que la agresión sexual sufrida se produjo en escasos segundos, introducción de los dedos en vagina, a la vez que se agredía físicamente y menospreciaba a Evangelina , habiendo evitado, sin duda, que la mencionada agresión continuara en el tiempo, incluso, se hubiera visto agravada.



La testifical de referencia ofrecida también tiene carácter corroboradora en la versión de la víctima, la cual explicitó a la Sala como la relación que había mantenido con su agresor había sido mal vista por sus padres, de tal modo que cuando salió del domicilio y se dirigió hacia su casa, en quien primero pensó para contárselo fue en su amiga Aurora , quién declaró en el Plenario como recibió la llamada de su amiga, se vieron esa misma mañana y le contó la agresión sufrida seguido del incidente con el coche, viéndola en muy mal estado emocional y físicamente, con abundantes heridas y golpes. Igualmente, se contó con el testimonio de otro amigo, Plácido , policía local, que el mismo día de la agresión también estuvo con ella porque le llamó para pedir ayuda, orientándole e informándole que debía denunciar el hecho.

En el mismo sentido referencial, su amiga Aurora , mejor amiga a la que relató lo sucedido al día siguiente.

La declaración de Pascual poca luz arrojó, pues se había marchado del domicilio a trabajar antes de que Eduardo accediera a su domicilio, si bien si declaró como se lo encontró merodeando bajo su domicilio, que le quería pedir explicaciones de por qué andaba con su ex pareja, y que pasó de él, confirmando que la noche anterior había dormido con Evangelina en su habitación, así como que habían mantenido relaciones sexuales aproximadamente a la 01:30 horas, extremo no negado por la propia agredida.

Por si ello fuera poco, la credibilidad de Evangelina se ha visto confirmada por el propio resultado lesivo sufrido, pues tal y como informaron en el Plenario los forenses que emitieron el informe de 17 de julio, como consecuencia de los referidos hechos, Evangelina sufrió lesiones consistentes en cuatro escoriaciones rojas, lineales superficiales, de unos 15 mm cada una, dos de ellas paralelas, en cara medial del antebrazo izquierdo; cuatro escoriaciones rojas, lineales, con hematoma rojo circundante, de unos 50, 50, 30 y 30 mm respectivamente, paralelas entre si, en región torácica anterior izquierda, supramamarias; una escoriación roja, lineal, de unos 10 mm, en región intermamaria; tres escoriaciones rojas, lineales, juntas y paralelas, de unos 10 mm cada una, en región intermamaria; tres escoriaciones lineales, rojas, con edema, de unos 20, 25 y 14 mm en antebrazo derecho; equimosis rojas en cuadrante inferior derecho de la pared abdominal anterior; en vagina una pequeña una herida mucosa reciente en cara lateral izquierda, de 1 cm aproximada que sangra levemente. Dichas lesiones requirieron para su curación de una primera asistencia facultativa y tardó en curar siete días de perjuicio personal básico, sin secuelas.

Preguntados insistentemente por la lesión de mucosa de la vagina, la conclusión médica fue contundente; a saber, la víctima pudo tener relaciones sexuales, consentidas, con su actual pareja sobre la 01:30 horas de la noche anterior, pero dado el carácter sangrante que a la hora del análisis (23:00 horas) todavía sufría, esa herida se tuvo que producir sobre la hora en al que se produjo la agresión, 9:00 de la mañana, siendo compatible con la introducción violenta de dedos por el agresor, explicitando como si la relación es consentida, la lubricación es mayor y la relajación de los músculos abductores es también mucho mayor, de lo que concluyen que la lesión era reciente, no de la madrugada anterior.

Ello confirma la verosimilitud del testimonio de la víctima, no sólo desde el punto de vista físico, si no que bien pudo haber ocultado Evangelina el hecho de haber mantenido relaciones la madrugada anterior, cosa que no hizo, lo que otorga aún mas credibilidad a su relato.

No solo eso, además consecuencia también de los hechos relatados, Evangelina ha presentado un trastorno de adaptación de tipo ansioso-depresivo con algún elemento postraumático que ha precisado para su curación de tratamiento médico y tardado en curar 30 días, sin secuelas, perfectamente acreditado a través de informe de la UFVI, el cual concluye la falta de fabulación de aquél, testimonio que no se vió influenciado por la ingesta la noche anterior de alcohol o droga (también reconocido por la propia víctima), pues había dormido, y pasado suficiente tiempo como para excluir cualquier influencia.

En conclusión, la verosimilitud del testimonio de la víctima resulta por estar rodeada, de múltiples corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso y referenciales ya explicitadas.

**SEGUNDO** .- Los hechos anteriormente relatados son constitutivos de:

A/ UN DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL de los artículos 178 y 179 del Código Penal en relación con los artículos 57 1 y 2 , y 48.2 del Código Penal .

El art. 178 del C. Penal nos dice: 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 cinco años. Y los elementos que se han considerado como constitutivos del ilícito, son los siguientes: 1) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico con significado sexual, aunque sea elemental o breve ( TS 1196/2002,24-6). 2) Concurrencia de violencia o intimidación encaminadas a vencer la voluntad de la víctima (TS 883/2001,17-5). 3) El elemento negativo de que el sujeto activo no tenga ánimo de realizar ninguna de las conductas a las que se refiere el art 179 CP ( TS 661/2001, 18-4) al ser un delito de tendencia , ánimo libidinoso (TS 1196/2002,24-6 ).



La jurisprudencia en un inicio, y la modificación del C. Penal más adelante, dejó claro que no es la honestidad ni la intimidad de la persona ( TS 281/2001,21-2 ) el bien jurídico que se protege penando estos hechos , sino la libertad sexual de todo ser humano, como insalvable y privativa facultad de la persona de consentir o rechazar un contacto sexual de la naturaleza que sea éste ( TS 820/2002,12-4 ) bien jurídico que no es otro que la dignidad del ser humano ( TS 1974/2001,25-10 ) por ello, la acción que se castiga consiste en cualquier acto contrario a la libre determinación sexual de la persona; caben tanto conductas activas como pasivas, como cuando se obliga a la víctima a realizar tocamientos sobre la persona del culpable ( TS 661/2001, 18-4 ), o sobre sí mismo ( TS 1029/1986, 18-12 y ATS 4-3-1998 ).

Como elemento constitutivo de este tipo ha de darse, bien violencia, bien intimidación: Se entiende por intimidación la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona ( TS 1796/2002,25-10 ), amenaza que ha de ser objetiva y no meramente imaginada por la víctima ( TS 761/1999,3-6 ) y referida a un mal inminente y grave, racional y fundado ( TS 978/2002,23-5 y 381/1997,25-3 ), que posea un mínimo de entidad objetiva ( TS 1396/1999,1-10 ), pero en el supuesto objeto de esta sentencia es la violencia ejercitada sobre el cuerpo de la mujer la que se reclama por los acusadores como elemento determinante de la aplicación del tipo penal invocado. Dice la jurisprudencia que la 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 ( TS 1546/2002,23-9 ); no siéndole exigible a la víctima exponerse a males mayores como consecuencia de un aumento de la resistencia, ante la representación de que el autor acudiría a formas más graves de violencia ( TS 820/2002,12-4 ); en conclusión, habiendo manifestado la víctima de manera inequívoca su voluntad contraria a la relación sexual pretendida por el agente, la fuerza física o las vías de hecho utilizadas por éste para quebrantar la decisión constituirá la violencia requerida por el tipo, sea cual fuere la intensidad de la resistencia ofrecida por el sujeto pasivo ( TS 592/2002,27-3 ); debiendo tenerse en cuenta a este respecto que en nuestro Derecho no existe un tertium genus entre ausencia de voluntad y voluntad opuesta o contraria de la víctima ( TS 70/2002,25-1 ).

En el caso que examinamos no existe voluntad alguna, precisamente por el estado en que se encuentra Evangelina , medio dormida, en ropa interior y encima de la cama, y ese estado, lo que sí es determinante al caso que nos ocupa es que al acusado no le importó en absoluto la libertad y la dignidad de la mujer, sino que la consideró como un objeto, fácil por su estado, de satisfacción de su deseo sexual, y esa consideración de mero objeto del ser humano (en éste y en otra clase de delitos) es, en sí misma, inadmisibles y necesariamente objeto de respuesta penal, porque la libertad, como elemento que conforma y contribuye a la dignidad, ha de ser un valor a preservar, a proteger por el ordenamiento jurídico.

En todo caso se trata de un delito de mera actividad ( TS 1492/2001,25-7 y 1290/1995,13-9 ) y consumación instantánea ( TS 1196/2002,24-6 ), que no requiere para su consumación que queden satisfechos los deseos libidinosos del autor ( TS 693/1997,20-5 ), los cuales, en nuestro caso, aparecen enmascarados, a tenor de las expresiones proferidas y los actos de humillación y desprecio dados por probados, por una especie de venganza de no poder admitir que Evangelina , como ex pareja, hubiera podido tener una nueva relación, afectando a su libertad personal y sexual, llegando a introducirle violentamente los dedos en la vagina, con el resultado lesivo indicado, integrando el tipo delictivo del artículo 179 CP .

**TERCERO** .- E igualmente creíble, persistente en su declaración y verosímil que en su testimonio ha sido el relato ofrecido en el plenario por Evangelina respecto al segundo de los incidentes que contiene el escrito de acusación elevado definitivo en trámite de conclusiones en el plenario. En efecto a juicio de esta sala ha resultado acreditado a través, en primer lugar de la declaración de la propia víctima, como aproximadamente a los diez minutos de haber abandonado Eduardo el domicilio en el que se produjo la agresión sexual, aquella procedió a vestirse y abandonó el domicilio sito en el BARRIO000 acompañada por el padre de Pascual hasta las inmediaciones del portal, precisamente, tal y como declaró éste, a fin de cerciorarse de que no estuviera por las inmediaciones del lugar el agresor, cogió su vehículo para ir a su domicilio sito en la localidad de Mañaria, de modo que en el momento en el que circulaba por la recta que se encuentra entre las localidades de Maitena Durango, se percibió de que el vehículo conducido por Eduardo le seguía. Dicho seguimiento consistía en una conducción amenazante, de modo que daba continuos acelerones y frenazos al lado del propio vehículo que conducía la víctima, sin guardar la distancia mínima de seguridad requerida, impidiendo realizar una ordinaria conducción por la vía pública, hasta que llegando a la altura de la ermita de San Fausto el acusado llegó a cursar su vehículo justo delante del que conducía Evangelina , obligándola a detenerse.

En este contexto el acusado se bajó del vehículo, se dirigió hacia la víctima, abrió la puerta del conductor e intentó sacarla por la fuerza, lo que no consiguió dado que se hallaba activado el mecanismo de retención de seguridad, de modo que al no conseguir su propósito abandonó el lugar. Obvio parece indicar la concurrencia de una intimidación o fuerza moral, que supuso un evidente atentado contra la libertad del individuo, esto es,



la libertad de obrar de la persona de hacer o dejar de hacer algo, que integra el tipo delictivo de coacciones por el cual ha sido acusado del artículo 172.2 del Código Penal .

La contextualización de dicho acto ha sido reconocida por el propio acusado, quien sin embargo, indica que se encontró por casualidad en la vía pública al vehículo conducido por Evangelina , que en la rotonda del Eroski es cierto que procedió a seguirla, sin ninguna intención coactiva, de modo que aquella estacionó voluntariamente su vehículo en un aparcamiento lateral de la vía pública en batería, que el paró detrás y que volvieron a tener una discusión.

Sin embargo esta Sala entiende, como ya se ha explicitado anteriormente, mucho más creíble, atendida la verosimilitud del testimonio de la víctima o respecto también al hecho principal que ha originado las recientes actuaciones, que dicha versión auto exculpatoria carece de sustento probatorio. Por el contrario también concurre en la declaración de la víctima una corroboración periférica suficiente, toda vez que dicho hecho fue relatado inmediatamente a su amiga Aurora , la cual en el plenario, indicó con suficiente grado de detalle el relato de la víctima, en el mismo contexto en el cual le fue ofrecida la versión relativa a la agresión sexual sufrida, apareciendo este segundo hecho plenamente coherente con el propio comportamiento manifestado por el acusado anteriormente, agresivo y de una evidente y patológica fijación personal frente a su ex pareja, comportamiento agresivo, celoso, y atentatorio contra la libertad personal de la víctima reconocido no sólo por los informes periciales a los que ya se ha hecho referencia sino por la prueba testifical con la que ha contado esta sala, de las propias amigas de Evangelina , testigos directos de la relación de pareja que habían mantenido, de modo que este último episodio coactivo no fue sino la culminación de una tóxica relación personal.

Desde un punto de vista jurídico, en otro orden de cosas, estamos ante un ilícito de resultado, STS 7 Nov. 1983 , que se consuma cuando el sujeto pasivo no puede hacer lo que la Ley no prohíbe o se ve compelido a hacer lo que no quiere, aún cuando el sujeto activo no haya logrado sus últimos objetivos con su conducta violenta de impedir o de compeler; por último, entre la conducta violenta y el resultado, ha de haber, mediar, una relación de causalidad adecuada.

Se exige en el autor un dolo específico, siendo la finalidad esencial del agente el conocer y querer que se impide o compele violentamente a otro; basta el dato genérico de constreñir, entendiéndose que no cabe el dolo directo de segundo grado, ni el eventual (advertir que el impedir o el compeler serán consecuencias necesarias o más probables de la conducta violenta del agente) se excluye la comisión imprudente.

Reiterando que se trata de una oposición a la libertad ajena, STS 4 Dic. 1990 , y lo dicho en cuanto a la intimidación, STS 12 Mar. 1990 , para vencer la voluntad del ofendido, para que las coacciones sean típicas, han de ser violentas, citando a efectos del conocimiento de este ilícito las SSTS de 2 de febrero de 1981 , requisitos, 1 de julio de 1983 , 7 de junio de 1986 , 14 de febrero de 1994 , 6 de octubre de 1995, continuando con lo que se habla, el Tribunal Supremo ensancha el concepto de violencia, hasta incluir en ella la pura intimidación, siendo aquélla, en contraste, un enfrentamiento entre dos voluntades, siendo lo esencial la abierta negación de respetar la capacidad de decisión de la víctima, requisitos concurrentes en el hecho probado, que integra delito de coacciones leves previsto y penado en el artículo 172.2 del CP . en relación con los artículos 57.1 y 2 , 48.2 del CP .

**TERCERO.** - De dicho delito es responsable criminalmente, en concepto de autor, el acusado, por haber realizado directa y materialmente los hechos que lo integran.

**CUARTO.** - En la realización del expresado delito de los artículos 178 y 179 del CP ha concurrido la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal mixta de parentesco, del art. 23 del CP .

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, la Sala Segunda, de lo penal, sentencia de 20 de marzo de 2007, rec. 10601/2006 , después de la reforma legal mencionada, inalterada con la posterior de la Ley Orgánica nº 1 de 28/12/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el art. 23 del CP presenta otra redacción en sintonía con el art. 173.2 del CP ., con la que se pretende intensificar la respuesta penológica a situaciones que desembocaban en gravísimos atentados dentro del círculo familiar (violencia de género). El legislador objetivó la circunstancia y minimizó, hasta anular, la necesidad de que el vínculo matrimonial o asimilado persistiera, y todo ello por razones de política criminal que, atendiendo al sentir general de la sociedad, se hacía preciso poner freno a las violentas y agresivas manifestaciones entre parejas que conviven o habían convivido, buscando en el autor del hecho un efecto disuasorio. En la actualidad deberán concurrir, cuando se trata de parejas casadas o de hecho, los dos requisitos siguientes, como imprescindibles para la estimación de la circunstancia:

a) el dato objetivo de la relación matrimonial o asimilada actual o pasada.



b) que el delito cometido tenga relación directa o indirecta (o se perpetre) en el marco o círculo de esas relaciones o comunidad de vida a que se refiere la circunstancia anterior.

En nuestro caso se dan esas circunstancias. El sujeto activo del delito, abusando de la confianza y comunidad de sentimientos que generaba la relación de pareja pasada, con absoluto desprecio a la vida común pasada, agredió sexualmente a Evangelina, en términos tales que hacía aplicable al art. 179 del CP.

**QUINTO.-** En lo atinente a la fijación en concreto de la pena a imponer, se ha de partir de la exigencia del deber de motivación, en los casos de individualización de la pena que ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal Constitucional. En efecto, en diversos pronunciamientos se apuntó la necesidad de motivación de la determinación concreta de la pena (SSTC 193/1996, 26 Nov, FJ3; 43/1997, de 10 marzo FJ6), aunque también se destacara que los datos básicos del proceso de individualización de la pena debían inferirse de los hechos probados, sin que fuera constitucionalmente exigible ningún ulterior razonamiento que los tradujera en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición (Stc 47/1998, de 2 mar FJ6). Pues bien, a partir de motivar cobra un especial relieve en supuestos en los que la condena es superior a la solicitada por las acusaciones en el proceso (FJ 4); dicho razonamiento, que condujo a la estimación del amparo en aquel supuesto, se ha seguido posteriormente en diversas ocasiones (SSTC 75/2000, de 27 mar; 76/2000, de 27 mar; 92/2000, de 10 abr; 122/2000, de 16 de may; 139/2000, de 29 de may y 211/2001, de 31 de oct).

Así, concurriendo una circunstancia agravante, ex artículo 66 del CP, respecto al delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del CP, la pena mínima a imponer es la de nueve años y un día de prisión; y respecto al delito de coacciones del artículo 172.2 del CP, dentro de la alternativa de pena privativa de libertad ó trabajos en beneficio de la comunidad, el desvalor de la acción llevada a cabo, inmediatamente después de cometer un gravísimo delito contra la libertad sexual, aconseja la primera de las opciones, en su grado mínimo de seis meses de prisión.

**SEXTO.-** Los responsables criminalmente lo son también civilmente, y las costas se entienden impuestas, por ministerio de la Ley a los culpables de delito, que en nuestro caso se reclama en 1/2 parte respecto a los de la acusación, al no haberse acogido la pretensión del art. 150 CP, que ha determinado la competencia de esta Audiencia.

Respecto a la primera cuestión, lo primero que hay que poner de manifiesto es que el aseguramiento de una total indemnización de los daños y perjuicios causados o sufridos no pasa de ser una expresión teórica, ya que cuando hablamos de una "reparación íntegra" tratándose de daños personales, lo es siempre de un modo relativo, en cuanto que la integridad viene referida, en principio, a todos los aspectos cualitativos de la damnificación recayente sobre la víctima, a todas las vertientes vitales y dedicacionales en que se manifiesta la dinámica del ser humano. A diferencia de lo que ocurre con los daños materiales, en los que su objetividad permite precisiones matemáticas, los personales están marcados por un fuerte índice de subjetividad y su entidad va ligada a muy diversos factores determinantes de graves dificultades al tiempo de su valoración.

Lo anterior se une a la evidencia de que la singularidad de cada caso, siempre apreciable en su individualidad, ha de determinar y justificar las diferencias de trato a la hora de fijar el monto de las diferentes partidas en que se traduzca la indemnización. La reparación ha de ser adecuada, en justa correspondencia -no sobrepasar ni tampoco quedarse en menos- con la entidad del daño causado.

Puede verse una formulación clara de esta idea en el voto particular del Magistrado Mendizábal Allende a la STC nº 21/2001, de 29 de enero, quien renuncia a la restitutio in integrum por considerarla abiertamente imposible. Según dice el texto de aquel "se trata de un desideratum, algo que se ve como deseable aún a sabiendas de la imposibilidad de hacerlo realidad.... las indemnizaciones de dinero son siempre aproximativas, nunca exactas por diversos motivos, el primero y principal la diferencia entre valor y precio; otro muy importante también, la concurrencia de elementos inmateriales, como el valor afectivo o el dolor moral y, en fin, la dificultad de probar no sólo el daño emergente sino el lucro cesante que ha obligado en ocasiones a utilizar el método estadístico, exacto en los grandes números pero impreciso en el caso individual" citando las SSTs de 20 de septiembre y 15 de octubre de 1990.

En aplicación de esta doctrina al caso que no ocupa teniendo, por lo tanto, en cuenta la entidad y gravedad de los hechos, pluriofensivos de distintos bienes jurídicos, afectante no solo a la integridad física o psíquica sino a la indemnidad "sexuales", y, por ello, sobre parcelas de su intimidad más profunda es por lo que se considera justificada la cantidad de 210 euros por las lesiones, que requirieron siete días de curación y 5.000 euros por daños morales, inclusivos de la necesaria reparación del trastorno de adaptación postraumático que precisó 30 días de estabilización, sin secuelas.



A la anterior cifra indemnizatoria le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC así como lo establecido en la Ley 30/1995 de 19 de diciembre de ayudas y asistencias a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

**SEPTIMO.-** El TC ha recordado en resoluciones como el auto 171/1986, S<sup>a</sup> 84/1991 y S<sup>a</sup> 48/1994, de 16 de febrero de 1994, que la imposición de costas es "...un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las acciones judiciales o de la desestimación total de éstas". Por lo que a su justificación radica en "...prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivarían de una excesiva litigiosidad y en restituir a la parte contraria los gastos que, en menoscabo de la satisfacción de sus pretensiones, le ocasione la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a quienes provuevan acciones o recursos mercedosos de la imposición de costas".

Habiendo el mismo TC declarado con reiteración ( SSTC 131/1986, 230/1988, 147/1989 y 34/1990 ) "...que la decisión sobre su imposición es cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y corresponde en exclusiva a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional pues constituye valoración de hechos o conductas de las partes".

En el presente caso, en el que la pretensión acusatoria ha sido admitida, las costas a imponer al condenado deben incluir las de la acusación particular.

Vistos además de los citados los artículos 2, 5, 10, 13, 15, 16, 27, 28, 32, 33, 38, 54, 55, 56, 61, 66, 79, 123 y 124 del nuevo Código Penal, y los artículos 142, 239, al 241, 742 y 793 de la Lecrim., y demás de pertinente y general aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Eduardo como autor responsable de :

A/ UN DELITO CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL EN LA MODALIDAD DE AGRESIÓN SEXUAL, previsto y penado en el artículo 178 y 179 del CP .

B/ UN DELITO DE COACCIONES, previsto y penado en el artículo 172. del CP .

Con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de parentesco.

Por el delito de la letra A/ la pena de 9 años y 1 día de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y pena accesoria de prohibición de acercamiento respecto de Evangelina, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar en el que se encuentre o frecuente a una distancia no inferior a 500 metros, por tiempo superior a dos años de la pena de prisión, así como prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio, por el mismo tiempo.

Procede, de conformidad con lo previsto en el artículo 192.1 del Código Penal la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años.

Por el delito de la letra B/ la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y pena accesoria de prohibición de acercamiento respecto de Evangelina, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar en el que se encuentre o frecuente a una distancia no inferior a 500 metros, por tiempo de un año, así como prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio, por el mismo tiempo. Y privación de tenencia y porte de armas por un año.

El acusado indemnizará a Evangelina en la suma de 5.210 euros, en los términos señalados en el Fundamento Derecho Sexto, siendo de aplicación los intereses del artículo 576 de la LEC .

Procede la imposición de costas al acusado, incluidas las de la Acusación Particular.

Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone, le abonamos todo el tiempo que haya podido estar privado de libertad por esta causa, manteniéndose la orden de protección acordada el 17/07/2017 hasta que se inicie el cumplimiento de la condena.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de APELACIÓN ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ( artículo 846 ter de la LECr ).

El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por abogado/a y procurador/a, presentado en este Tribunal en el plazo de DIEZ DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de su notificación.

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



PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por el/las Ilmo./Ilmas. Sr./Sras. Magistrado/as que la firman y leída por el/la Ilmo./Ilma. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ