



Roj: **SAP L 290/2019 - ECLI: ES:APL:2019:290**

Id Cendoj: **25120370012019100087**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2019**

Nº de Recurso: **1/2018**

Nº de Resolución: **46/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **MARIA LUCIA JIMENEZ MARQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA.**

### **SECCIÓN PRIMERA**

#### **Rollo de Sala Sumario1/2018**

Sumario 2/2017

JUZGADO INSTRUCCIÓN 1 LLEIDA

#### **S E N T E N C I A N U M . 4 6 / 1 9**

**Ilmos/a. Sres/ra.**

**Presidente:**

**Francisco Segura Sancho**

**Magistrado/da:**

**Víctor Manuel García Navascués**

**María Lucía Jiménez Márquez**

En Lleida, a cuatro de febrero de dos mil diecinueve.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por los señores indicados al margen, ha visto en juicio oral le presente Sumario número 2/2017, instruido por el Juzgado Instrucción 1 de Lleida por delito de Abusos sexuales, en el que son acusados **Pablo** , con DNI nº NUM000 , nacido en Lleida el día NUM001 /91, hijo de Rogelio y de Regina ; con domicilio en Lleida (Lleida), CALLE000 , núm. NUM002 , Esc. DIRECCION000 , NUM003 , NUM004 , y Jose Francisco , con DNI nº NUM005 , nacido en Lleida el día NUM006 /99, hijo de Francisca y de Dimas ;con domicilio en Lleida (Lleida), CALLE001 , NUM007 NUM004 - DIRECCION000 , detenidos ambos, el día (30/05/2017), ingresados en prisión el (01/06/2017) y decretada su libertad provisional por auto de fecha (20/11/2017) , sin que les consten antecedentes penales,e insolventes, representados respectivamente por los Procuradores D<sup>a</sup>. MONTSERRAT VILA BRESCÓ y D.ISIDRE GENESCÀ LLENES , y defendidos ambos , por el Letrado D.JOAN ARGILÉS CISCART .

Es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Lucía Jiménez Márquez .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** El Ministerio Fiscal, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales en el momento oportuno del juicio oral y entendió que los hechos constituían un delito de Abuso Sexual de los arts. 181,1 , 2 , 4 y 5 y 180.1.3 ° y 4º, del Código Penal del que responden en concepto de autores materiales, los acusados Pablo y Jose Francisco , con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de confesión del art. 21.7 en relación al art. 21.4 del Código Penal . Por lo que procede imponer a cada acusado la pena de siete años de prisión y accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo. Prohibición de comunicarse con Nieves y aproximarse



a ella y a su domicilio, en una distancia de 200 metros por un tiempo de más de 5 años al de la pena de prisión que definitivamente se imponga en sentencia definitiva ( art. 57.1 del Código Penal ) .

En concepto de responsabilidad civil, los acusados, solidariamente entre si, deberán indemnizar a Nieves , en 6.000 euros por daños morales, más los intereses del art. 576 LEC y costas procesales .

**SEGUNDO** .- En el mismo trámite , la defensa de los acusados, mostró su disconformidad con la petición del Ministerio Fiscal y solicitó la libre absolución de sus defendidos y subsidiariamente, la pena para cada uno de dos años de prisión, con aplicación de las circunstancias atenuantes eximente de error en el conocimiento del consentimiento de la víctima, así como las atenuantes de confesión y de toxicomanía.

Por vía de responsabilidad civil indemnización a la víctima, solidaria por ambos acusados en la cantidad de 2.000 euros .

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO** .- El acusado Jose Francisco , mayor de edad y sin antecedentes penales, la noche del 22 de mayo de 2017 se encontraba en compañía del también acusado Pablo , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, y de otra persona menor de edad, cuando se encontraron a Nieves a la altura del bar DIRECCION001 sito en la C/ DIRECCION002 de la ciudad de Lleida, con quien entablaron contacto y le propusieron que les acompañara al domicilio del menor sito en el PASSEIG000 NUM008 , NUM009 de Lleida, a lo cual Nieves accedió de forma voluntaria.

**SEGUNDO** .- Una vez allí, el acusado Jose Francisco mantuvo relaciones sexuales con penetración vaginal con Nieves , uniéndose después el menor llegando a formar un trío en el que también penetró por vía vaginal, además de bucal, a Nieves , prolongándose cierto tiempo las penetraciones, circunstancias que llevaron a Nieves a manifestarles que se estaban pasando un montón y que se quería ir, a la vez que les decía "quita quita" , a lo que le contestaron "quédate quédate", hasta que en un momento dado les pidió para ir al lavabo, procediendo después a abandonar la vivienda ambos acusados, en la que Nieves permaneció en compañía del menor aproximadamente hasta las 8:30 de la mañana en que se marchó de la misma.

**TERCERO** .- Las prácticas sexuales referidas fueron presenciadas por el también acusado Pablo , quien se encontraba sentado en una silla en la misma habitación en que tenían lugar, procediendo el mismo a efectuar algunas fotografías con su teléfono móvil en las que aparecía Nieves manteniendo relaciones sexuales con uno de los acusados.

**CUARTO** .- A la mañana siguiente de ocurrir los hechos, Nieves fue reconocida en el HOSPITAL000 de Lleida, no presentando la misma lesiones genitales ni de otro tipo.

**QUINTO** .- Nieves presenta una discapacidad intelectual por la que resultó judicialmente incapacitada, derivada de una inteligencia límite, trastornos de conducta y trastorno mental, disminución que es difícil de apreciar a simple vista, pudiendo serlo tras unas horas de interacción con la misma, dependiendo del contenido de la conversación y de la capacidad de su interlocutor.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 181.1 , 2, 4 y 5 en relación con el art. 180.1 , 3ª del CP , con la concurrencia de un error vencible de prohibición del artículo 14.3 también del mismo texto legal , resultando acreditado el anterior relato fáctico en los términos requeridos por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con respeto de los principios constitucionales que rigen el proceso penal, atendiendo al conjunto de la prueba practicada.

El acusado Jose Francisco ha mantenido durante todo el procedimiento, ratificándolo también en el plenario, que el día en que ocurrieron los hechos se encontraba en compañía del otro acusado Pablo y un menor, y que al pasar por delante del bar DIRECCION001 , encontraron a Nieves , con quien no tenían relación, la cual le "tiró los tejos" y accedió voluntariamente a la proposición que le hicieron de irse con ellos a casa del menor, donde mantuvo relaciones sexuales con penetración por vía vaginal con Nieves , uniéndose a continuación a ellos el menor, formando un trío en el que este último mantuvo a su vez relaciones sexuales completas con Nieves . En versión del acusado, las relaciones fueron consentidas por la denunciante, quien llevó la iniciativa, sin percibir en ningún momento alguna anomalía o disminución en la misma, ni por su aspecto ni por su forma de actuar, añadiendo que él abandonó la vivienda sobre las 4 de la madrugada y que el otro acusado se había ido antes, quedando Nieves en la casa con el menor.



En los mismos términos declaró el acusado Pablo , tanto en cuanto a los hechos como al contexto en que se produjeron, explicando que él en ningún momento mantuvo relaciones sexuales con Nieves , limitándose a quedarse sentado en una silla chateando a través de su teléfono móvil, llegando a hacer alguna fotografía en que aparecía Nieves manteniendo relaciones sexuales. También dijo que no conocía anteriormente a la denunciante y que no apreció nada extraño en su conducta, en la misma línea en que había declarado durante la instrucción, cuando sostuvo que no había notado su discapacidad. El acusado añadió que él abandonó la vivienda en primer lugar, pero que después le llamó el menor para que fuera a la casa y recogiera a Nieves , a lo que accedió, diciéndole la denunciante si podía ir con él a su domicilio y si la podía llevar al médico, lo que no hizo pues al preguntarle porqué ella le dio dos besos y se fue.

Para poder adquirir convicción en relación con los hechos denunciados, la versión exculpatoria de los acusados, lógica y legítima desde una postura defensiva, ha de ser necesariamente puesta en relación con el resto de la prueba practicada, entre la que destaca la versión ofrecida por la denunciante.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene acogiendo el testimonio de la víctima como prueba de cargo suficiente para enervar el principio constitucional de presunción de inocencia. Ahora bien, cuando tal declaración es la única prueba de cargo, se exige 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. Tal ponderación debe realizarse por el Tribunal sin limitarse a trasladar, sin más, al hecho probado las declaraciones de la víctima, sino contrastando su contenido con los elementos probatorios concurrentes para confirmar su verosimilitud y credibilidad, obteniendo una conclusión razonable sobre la realidad de lo acontecido en ejercicio de la valoración en conciencia de la prueba practicada ( art. 741 LECrim y STS de 27.4.09 ) ).

Para facilitar la motivación de la prueba, en su contenido racional, la jurisprudencia ha suministrado criterios de valoración de la declaración inculpativa de la víctima, estableciendo que para que la misma constituya prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria, será preciso que concurren los siguientes presupuestos: a) ausencia de incredulidad subjetiva, derivada de las relaciones entre la declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento ( arts. 109 y 110 LECrim . ) o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la inculpativa, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le inculpa, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad ( SsTS de 25.5.09 , 18.11.04 , 21.11.02 , 23.6.00 y 20.10.99 , entre otras muchas ). A través de estos criterios podremos comprobar que, efectivamente, la declaración que se analiza es prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones relevantes, que no se realiza desde posiciones o desde móviles espurios, resentimientos, venganzas etc., y que la declaración aparece, en la medida racionalmente posible, como cierta porque existen corroboraciones externas a esa declaración inculpativa.

En este caso Nieves declaró en el acto del plenario, tal y como había hecho durante todo el procedimiento, que la noche en que ocurrieron los hechos se encontraba fumando fuera de un bar, al que había acudido tras escaparse de casa, cuando pasaron los dos acusados y el menor, quienes contactaron con ella y le propusieron ir juntos a casa de este último, accediendo Nieves de forma voluntaria. En el acto del juicio la denunciante indicó en un primer momento que mantuvo relaciones sexuales con los tres a la vez y que uno de ellos hacía fotos, añadiendo que no era muy consciente y se quedó en blanco, que ella les dijo que no quería y que le hacían daño, aunque después matizó que las relaciones sexuales las había tenido con dos de ellos mientras el otro grababa. Su relato fue mucho más pormenorizado tanto al momento de interponer la denuncia como en el acto de exploración judicial llevada a cabo aproximadamente un mes después de ocurrir los hechos, a través de los técnicos del EATAV, con asistencia del Ministerio Fiscal y los abogados de los acusados, lo cual resulta hasta cierto punto lógico, pues siempre es más fácil retener datos fácticos en relación con hechos recientes. En la denuncia Nieves manifestó que se encontraba con la mente en blanco y no pensaba en nada, que no le hacía ninguna gracia y se quería marchar, diciéndoles "quita, quita", "os estáis pasando un montón ", " que me quiero ir, dejadme en paz", a lo que ellos le contestaban "quédate quédate", añadiendo en la exploración que no paraban y le irritaron la vagina, llegando a decirles ella que le "reventarían el coño". Tras todo ello, Nieves abandonó la casa sobre las 8:30 de la mañana, cuando tan sólo quedaba en la misma el menor, así lo dijo en



la denuncia, explicando en el acto del juicio que estuvo en la vivienda unas 4 o 5 horas y que cuando se fue se encontró con su madre que la estaba buscando.

Esa misma mañana Francesca acudió al HOSPITAL000, constando aportado a autos el correspondiente informe médico-forense (folios 8 y siguientes) del que se desprende que la misma no presentaba lesión alguna, siendo dicho informe ratificado en el acto del plenario por las doctoras Vicenta y Virginia, quienes explicaron que Nieves presenta una disminución de sus capacidades, constando a los folios 81 y 82 de la causa la sentencia dictada el 5 de julio de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Lleida en la que se declaró su incapacidad a consecuencia de una inteligencia límite, trastornos de conducta y trastorno mental. Según las forenses, dicha disminución es difícil de apreciar a simple vista, lo cual pudo comprobar la Sala en el acto del juicio, pudiendo constatar al cabo de unas horas de contacto con la misma dependiendo del contenido de la conversación y de la capacidad de su interlocutor.

En semejante sentido se manifestó la psicóloga del EATAV 33001, quien ratificó en el acto del juicio el informe obrante a los folios 181 y siguientes de las actuaciones, del que se desprende que a consecuencia de la disminución que presenta Nieves por problemas mentales, trastorno conductual y social, la misma se encuentra ingresada en el Centro de la Asociación Aspros de atención a personas con discapacidad y trastornos de conducta en la localidad de Sidamunt (Lleida), pasando los domingos en casa de sus padres, tutores de la misma. Tras manifestar la psicóloga que Nieves presenta muchos criterios de credibilidad, sin detectar fabulación en la misma, coincidiendo con las forenses en que en un primer contacto no se aprecia la disminución que sufre, siendo preciso interactuar con ella, constando en el informe que les expresó sentimientos de presión en el contacto sexual con los acusados, en que había verbalizado expresiones de rechazo como "pareu, pareu, que me voy" y de dolor como "que me vais a reventar el coño", añadiendo que tal respuesta de bloqueo emocional y falta de reacción puede dar la percepción de falta de resistencia a mantener la relación sexual, siendo un comportamiento frecuente en personas con características como las que presenta Francesca, entendiéndose que no cuenta con herramientas personales necesarias para mostrar abiertamente su negativa, explicando en el acto del plenario que puede faltarle contundencia a la hora de parar una situación no querida, pudiendo adoptar una actitud sumisa, catalogándola finalmente de persona vulnerable.

**SEGUNDO** .- A la vista de todo este resultado, la versión de la denunciante se revela creíble y despojada de atisbo alguno de incredulidad subjetiva, no habiéndose evidenciado por el Tribunal elemento alguno que permita entrever que su testimonio haya sido realizado con un ánimo torcido o espurio, sino desde su percepción de lo ocurrido, entendiéndose la Sala que nos encontramos ante una conducta atentatoria contra la libertad e indemnidad sexual de la denunciante incardinable en el tipo de abuso sexual contemplado en los artículos 181.1, 2, 4 y 5, en relación con el art. 180.1, 3º del CP.

Los abusos sexuales consisten en la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual de otra persona, sin su consentimiento y sin que medie violencia o intimidación. La STS 345/2018, de 11 de julio, con cita de otras, señala que el tipo penal de abuso sexual se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo, de contacto corporal, puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que la sentencia con la expresión del ánimo, o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.

El art. 181 regula el abuso sexual con tres tipologías distintas:

- A) la primera, constituida sobre la general exigencia de que no medie consentimiento;
- B) la del número 2º, que considera en todo caso como abuso no consentido el cometido sobre persona privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusa, o se cometa anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos u otras sustancias idónea el efecto y
- C) la del núm. 3 en la que, a diferencia de las anteriores, el consentimiento existe y se presta, pero sobre la base de una voluntad formada con el vicio de origen producido por una previa situación de superioridad aprovechada por el sujeto; lo que da lugar al llamado abuso de prevalimiento.

Cada una de las tres tipologías posibles de abuso sexual previstas en el artículo 181 es a su vez susceptible de presentar en el desvalor de la acción, que se desarrolla a su vez en dos niveles: por un lado imponiendo penas más graves cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de los dos primeras vías (núm 4); y por otro lado imponiendo esas las penas en su mitad superior cuando concurrieren las circunstancias 3ª ó 4ª de las previstas en el apartado 1 del art. 180 CP (núm. 5).



En este caso consta como el acusado Jose Francisco mantuvo relaciones sexuales con penetración vaginal con la denunciante, y si bien es cierto que las imágenes que aparecen en las fotografías obrantes al folio 214 de la causa no transmiten la sensación de que se trate de una relación inicialmente forzada o inconsciente, a la vista del contexto y posición de la pareja, lo cierto es que las circunstancias condujeron a que la denunciante en un momento dado verbalizara las frases de oposición y rechazo a que se ha hecho anterior referencia, tratándose de una persona especialmente vulnerable dada la discapacidad que sufre, lo que nos sitúa en el supuesto agravado del párrafo 5º del art. 181 en relación con el art. 180.1. 3º del CP .

Ahora bien, en casos como el que ahora es objeto de enjuiciamiento, no solo debe constatarse la simple concurrencia de los presupuestos objetivos contemplados por el tipo penal sino que, además, será preciso valorar las circunstancias concurrentes y, en particular, las relativas a si el dolo del acusado alcanzó a comprender la verdadera relevancia penal de su comportamiento, lo que conduce a plantearnos la posibilidad de error bien de tipo bien de prohibición, a cuya eventual concurrencia incluso se refirió el propio Ministerio Fiscal en su informe, sometiendo su valoración a criterio del Tribunal.

En este sentido el artículo 14 del CP establece, respecto del error, que "... 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

Se trata de los denominados error de tipo, que afecta a un elemento esencial de la figura penal y está referido a la tipicidad; y del error de prohibición, consistente en la creencia de obrar lícitamente, que se refiere a la culpabilidad.

En el presente caso, entiende la Sala que no puede excluirse la eventual concurrencia de un error de prohibición. En este sentido la citada STS 266/2013, de 3 de abril , dice que "el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTs. 17/2003 de 15.1 , 755/2003 de 28.5 y 861/2004 de 28.6 , la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS. 457/2003 de 14.11 , declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta."

Esta misma resolución añade que "la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible ( S.TS. de 20.2.98 , 22.3.2001 , 27.2.2003 ) , afirmando reiteradamente que "no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas" ( STS. 11.3.96 , 3.4.98 ) , añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es "notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" ( S.TS. 12 de noviembre de 1986 , 26 de mayo de 1987 ).

Por lo tanto, al objeto de valorar la existencia o inexistencia de un error de prohibición deberán valorarse tanto las circunstancias en las que se produjo o se generó la posible situación errónea como la propia naturaleza del delito por el que se formula la acusación pues, como recuerda la jurisprudencia antes citada, no cabe invocar error cuando se trate de una conducta cuya ilicitud y reprobabilidad fuera de común conocimiento.

Partiendo de ello, lo cierto es que concurren en el presente caso una serie de circunstancias que apuntan hacia la posibilidad de que el acusado considerara de forma errónea que las relaciones sexuales que mantuvo con Nieves lo fueran en un marco de consentimiento prestado por una persona en la que pudo no detectar la disminución que la misma padecía. Se trataba en primer lugar de una persona ocho años mayor que él (ella tenía 26 y el 18) que accedió de forma voluntaria a acompañar al acusado y sus compañeros al domicilio del menor, cuya discapacidad era difícil de evidenciarse a simple vista, tal y como pudo comprobar la Sala y como declararon tanto las forenses como la psicóloga del EATAV, precisando de un determinado nivel de interacción y de conversación que no tuvo forzosamente por qué existir en el marco del contacto sexual descrito en el relato fáctico con una persona como el acusado, con un limitado nivel formativo, siendo además que Nieves ,



tal y como expuso la psicóloga, no cuenta con herramientas personales necesarias para mostrar abiertamente su negativa, pudiendo faltarle contundencia a la hora de parar una situación no querida.

Todo ello pudo perfectamente generar en el acusado el error de prohibición entendido como la interpretación equivocada de la antijuridicidad del hecho, o al menos se generan serias e importantes dudas en el Tribunal al respecto que han de ser resueltas a su favor en una respetuosa aplicación del principio "in dubio pro reo". No obstante la posible ambigüedad del comportamiento de la víctima, ante el lenguaje verbal utilizado por la misma, el acusado bien pudo representarse o simplemente tener la fundada sospecha de la antijuridicidad del hecho y poner en cuestión lo que podía parecerle una situación libremente consentida, lo que nos sitúa ante la figura del error de prohibición vencible, la cual, como se ha expuesto, no se descartó por el Ministerio Público, implicando todo ello la reducción en uno o dos grados de la pena con la que se sanciona el delito, de conformidad con lo establecido en el artículo 14.3 del C.P .

**TERCERO** .- Del anterior delito de abuso sexual responde en concepto de autor el acusado Jose Francisco , de conformidad con lo dispuesto en el art. 28.1 del CP , tal y como se desprende de la prueba analizada.

Por lo que se refiere al acusado Pablo , para quien también el Ministerio Fiscal solicita la condena por un delito de abuso sexual, del resultado de la prueba practicada no puede sostenerse su participación en tal ilícito, no constando acreditado ningún contacto sexual del mismo con la denunciante, limitándose su conducta a la realización de unas fotografías en que la misma aparecía manteniendo relaciones con otro acusado sin que conste su difusión más allá de los miembros del grupo presente en la habitación en que ocurrieron los hechos, conducta sobre la cual ni tan siquiera se ha formulado acusación. Ello forzosamente ha de conducir a su absolución, con todos los pronunciamientos favorables.

**CUARTO** .- En cuanto a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ha de aplicarse en este caso al acusado Jose Francisco la atenuante analógica de confesión del art. 21.7 en relación con el art. 21.4 del CP ., al haberse así interesado por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación , en una respetuosa aplicación del principio acusatorio y la jurisprudencia que así lo interpreta, como la STS 251/2014, de 18 de marzo , que recuerda que el principio acusatorio impide acoger una versión fáctica y también jurídica que rebase los términos incriminatorios del Ministerio Fiscal. De modo que, postulando el Ministerio Fiscal la aplicación de una circunstancia atenuante y/o de una eximente incompleta, su aplicación resulta imperativa para el Tribunal sentenciador. En efecto, en la STS 968/2009, de 21 de octubre , se establece que el Tribunal sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación, que no pueden ser superados en perjuicio del reo, pues se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiese la apreciación de una circunstancia atenuante o una eximente incompleta solicitada por la única parte acusadora. No es suficiente que la pena no supere la pedida por la acusación, pues resulta obligado, igualmente, la apreciación de la eximente incompleta alegada. Esta misma doctrina jurisprudencial ha sido establecida en otras sentencias de este Tribunal, en las que se consideró que la inaplicación en sentencia de circunstancias atenuantes y/o eximentes incompletas postuladas por las acusaciones vulnera el principio acusatorio y también el derecho de defensa ( SSTS 848/1996, de 4 de noviembre ; 2351/2001, de 4 de diciembre ; 578/2008, de 30 de septiembre ; y 348/2011, de 25 de abril ).

Respecto de la atenuante de toxicomanía interesada también por la defensa de los acusados, de ninguna manera resulta acreditada su concurrencia.

Sabido es que junto a la adicción al consumo de drogas debe exigirse una adecuada relación motivacional entre aquella dependencia y la perpetración del ilícito penal, de suerte que el delito tenga una relación con aquella drogodependencia. Por ello se dice, y con razón, que la situación de drogodependencia del sujeto es un factor criminógeno, y que la actividad delictiva motivada por esta situación es una delincuencia funcional ( SSTS de 29.4.97 , 5.3.98 , 23.3.98 , 14.4.00 y 24.9.01 , entre muchas otras)

Por otro lado, como ocurre con cualquier otra circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, para su apreciación no basta con la mera alegación, sino que es preciso que resulte tan probada como el hecho mismo y así como la prueba de los hechos corresponde a las acusaciones, la de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal incumbe a la parte que las alegue ( SSTS de 6 de marzo de 1989 , 25 de enero de 1990 , 16 de marzo de 1991 y 29.5.08 , entre otras muchas).

En este caso con lo único que contamos es con la documental aportada el mismo día del juicio, en que únicamente se hace constar que Jose Francisco arrojó resultado positivo a cocaína en una analítica de orina practicada tres días antes de la celebración del plenario, siendo evidente la absoluta falta de relevancia de tal aportación, pues a través de la misma no resulta posible establecer ni que las facultades del acusado se encontraran el día de los hechos expresamente afectadas a consecuencia de un previo consumo de drogas, ni tampoco la existencia de una relación motivacional entre la alegada dependencia y la perpetración del delito.



**QUINTO** .- Por lo que se refiere a la individualización de la pena, la Sala procede a su fijación partiendo del marco punitivo establecido legalmente para el delito y de las reglas de aplicación de penas del artículo 66 del CP , considerando que, a la vista de la naturaleza y gravedad de los hechos, la concurrencia de la atenuante analógica de confesión, así como el resto de circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, procede moderar la respuesta penal en los términos previstos en el artículo 14.3 del C.P ., reduciendo en dos grados la pena prevista en el artículo 181.1 , 2 , 4 y 5 del CP y dentro de la resultante imponer la de DOS AÑOS de prisión, la cual se estima adecuada y proporcional a la entidad de los hechos enjuiciados.

Además se impone al acusado la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena ( art. 56 del CP ), así como la prohibición de comunicarse con Nieves y aproximarse a ella, a su domicilio o lugar en que se encuentre en una distancia inferior a 100 metros por tiempo de 3 años ( art. 57 del CP ).

**SEXTO** .- En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, el Ministerio Fiscal interesa que se conceda a la víctima una indemnización de 6.000 euros en concepto de daño moral,

La responsabilidad civil "ex delicto" comprende la indemnización tanto de los perjuicios materiales como morales.

Por lo que se refiere al daño moral, señalan las SSTS de 3.7.07 y 29.1.05 que el mismo no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico, derivando directamente el daño moral de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima ( STS de 22.7.02 ). Tal tipo de daño sólo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva, y atendiendo especialmente a la naturaleza y gravedad del hecho, atemperando las demandas de los interesados a la realidad socio-económica de cada momento histórico.

En el presente caso, de la propia naturaleza de los hechos probados se derivan unos daños morales para la víctima. Por ello, teniendo en cuenta las concretas circunstancias personales de la denunciante a que se ha hecho anterior referencia, el marco fáctico y temporal en que se han producido los hechos y la gravedad y consecuencias de los mismos, resulta procedente fijar la responsabilidad civil en la suma de 3.000 euros, la cual devengará el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 576 de la LECivil .

**SÉPTIMO** .- En aplicación de lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal , se imponen al acusado Jose Francisco la mitad de las costas del procedimiento, declarándose de oficio la otra mitad.

En atención a lo argumentado

## FALLAMOS

CONDENAMOS a Jose Francisco como autor criminalmente responsable del delito de abuso sexual anteriormente definido a la pena de DOS AÑOS de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de comunicarse con Nieves o aproximarse a ella, a su domicilio o cualquier lugar en que se encuentre en una distancia inferior a 100 metros por tiempo de tres años; todo ello con imposición de la mitad de las costas del procedimiento.

ABSOLVEMOS a Pablo del delito de abuso sexual por el que ha sido acusado, con todos los pronunciamientos favorables y con declaración de oficio de la mitad de las costas del procedimiento.

El acusado Jose Francisco deberá indemnizar a Nieves en la suma de 3.000 euros en concepto de daño moral, la cual devengará el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

Abónese al condenado, en caso de proceder el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad, para la extinción de las mismas, el tiempo que hubiere estado privado provisionalmente de libertad por esta causa si no le hubiere sido computado en otra distinta.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que no es firme, al haber contra la misma recurso de apelación, a interponer en el plazo de los 10 días siguientes a su notificación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo correspondiente, lo acordamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** El/la Magistado/a Ponente del presente Rollo ha leído y publicado la resolución anterior en audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.



La Letrada de la Adm. de Justicia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ