



Roj: **SAP O 1263/2019 - ECLI: ES:APO:2019:1263**

Id Cendoj: **33044370022019100143**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **2**

Fecha: **26/04/2019**

Nº de Recurso: **41/2018**

Nº de Resolución: **158/2019**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **JOSE MARIA ROCA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEGUNDA

OVIEDO

SENTENCIA: 00158/2019

C/ COMANDANTE CABALLERO S/N- 5ª PLANTA - 33005 - OVIEDO

Teléfono: 985.96.87.63-64-65

Equipo/usuario: MMR

Modelo: N85860

N.I.G.: 33037 41 2 2016 0017990

PO PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000041 /2018

Delito/falta: ABUSOS SEXUALES

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, Martina

Procurador/a: D/Dª, MARIA PAZ LOPEZ ALVAREZ

Abogado/a: D/Dª, MARIA JESUS MARTIN GONZALEZ

Contra: Rafael

Procurador/a: D/Dª NURIA ALVAREZ RUEDA

Abogado/a: D/Dª GERARDO JESUS ALVAREZ MORO

SENTENCIA Nº 158/2019

PRESIDENTE

ILMA. SRA. DOÑA MARÍA LUISA BARRIO BERNARDO RÚA

MAGISTRADOS

ILMO. SR. DON AGUSTÍN PEDRO LOBEJÓN MARTÍNEZ

ILMO. SR. DON JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ

En Oviedo, a veintiséis de abril de dos mil diecinueve.

VISTOS en juicio oral y celebrado a puerta cerrada, por la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial, los presentes autos procedentes del Juzgado de Instrucción nº 2 de Mieres seguidos por delito de abusos sexuales con el nº 416/2016 de Sumario (Rollo de Sala nº 41/18), contra Rafael, con DNI nº NUM000, nacido el NUM001 de 1994, hijo de Carlos Manuel y de Zaira, natural de Mieres y vecino de Mieres, de estado soltero, de profesión estudiante, con instrucción, con antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, de la que permaneció privado de libertad el día 17 de agosto de 2016, representado por la Procuradora de los



Tribunales doña Nuria Alvarez Rueda, bajo la dirección letrada de don Gerardo Jesús Alvarez Moro; causa en la que es parte acusadora el Ministerio Fiscal, interviniendo como acusación particular Martina representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Paz López Alvarez, bajo la dirección letrada de doña María Jesús Martín González; siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ y en la que procede dictar sentencia fundada en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se declaran HECHOS PROBADOS los que a continuación se relacionan:

Resultan probados y así se declaran expresamente los siguientes hechos: en la tarde del día 12 de agosto de 2016, sobre las 17.00 horas, Rafael , de 21 años de edad y sin antecedentes penales, fue a buscar a su domicilio a Martina , nacida el NUM002 de 1999, con domicilio en Urbiés-Mieres, y juntos se desplazaron a Turón a recoger a Milagrosa , trasladándose a su vez todos ellos al domicilio de los abuelos de Rafael en Mieres. En dicho domicilio, Martina y Rafael consumieron una raya de speed cada uno (metanfetamina) que había llevado la primera y cogieron una botella de bacardí mojito y otra de ron negrita.

Sobre las 18.00 horas, los tres anteriormente citados se reunieron con un grupo de amigos en las inmediaciones del Centro de Salud de Mieres Norte donde consumieron diversas bebidas alcohólicas a consecuencia de lo cual, Martina alcanzó cierto grado de embriaguez, dando algún traspiés al caminar, llegando a caerse al suelo.

En torno a las 22.00 horas, Rafael , que previamente había acordado con Martina llevarla a su domicilio, pues distaba unos 40 minutos de donde estaban, para que no tuviera que ir en autobús, se ofreció a hacerlo, si bien, antes de coger el vehículo, decidieron volver a pasar por el domicilio de los abuelos del procesado al objeto de poder refrescarse y mejorar su aspecto físico antes de llegar a su casa. Se trasladaron andando al citado domicilio y, una vez allí, comenzaron a besarse, manteniendo relaciones sexuales en las que Rafael penetró vaginalmente a la joven, utilizando preservativo. Aproximadamente a las 23.30, Rafael llevó en su coche a Martina a su domicilio familiar.

A las 06.05 horas, Martina inicia una conversación de whatsapp con Rafael contrariada porque Ángeles , amiga suya y pareja de Rafael la había bloqueado. En esa conversación dice no recordar nada de lo sucedido esa noche y Rafael le cuenta que habían tenido relaciones sexuales.

Con anterioridad a estos hechos, Martina se encontraba sometida a tratamiento psicológico, sufriendo con posterioridad a los mismos un trastorno adaptativo intenso, protagonizando un intento auto lítico por ingesta de fármacos, continuando el tratamiento psicológico y persistiendo en la actualidad dicho trastorno, si bien de forma atenuada.

SEGUNDO.- Por el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito abusos sexuales con penetración, previsto y penado en el artículo 181.1 , 2 y 4, en relación con el 57.1 del Código Penal , considerando responsable del mismo en calidad de autor a Rafael , solicitando para el mismo la imposición de una pena de 5 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como la imposición de la medida de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 300 metros de la persona de Martina , lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por ella, y de comunicarse con la misma por cualquier medio, todo ello por un período de 10 años. En concepto de responsabilidad civil interesó que el procesado indemnizase a Martina en la cantidad de 8.000 euros, con el interés previsto en el artículo 576 de la LEC , así como el pago de las costas.

TERCERO.- La acusación particular ejercida en nombre de Martina , calificó en igual forma los hechos imputados y apreció la agravante de alevosía y aprovechamiento de las circunstancias de tiempo y lugar para la consumación de los hechos, prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 22 del CP , solicitando para el procesado la imposición de una pena de diez años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como la imposición de la medida de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 300 metros de la persona de Martina , lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por ella, y de comunicarse con la misma por cualquier medio, todo ello por un período de 10 años. En concepto de responsabilidad civil interesó que el procesado indemnizase a Martina en la cantidad de 15.000 euros, con el interés previsto en el artículo 576 de la LEC , así como el pago de las costas.

CUARTO.- La defensa de Rafael se solicitó su libre absolución, con declaración de las costas de oficio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El derecho constitucional a la presunción de inocencia exige que todo pronunciamiento penal condenatorio se base en una actividad probatoria, practicada con las debidas garantías que, aunque mínima, sea de carácter incriminatorio o de cargo, de manera que de ella sea posible deducir, sin duda razonable alguna, la culpabilidad del procesado; desvirtuar tal presunción requiere de la parte acusadora hacer llegar al proceso la actividad probatoria de cargo, pues el acusado tiene la consideración previa de inocente y no se le exige realizar actividad probatoria alguna dirigida a refrendar esa "verdad interina" de inocencia.

No desconoce esta Sala que la exigencia probatoria referida no necesita descansar exclusivamente sobre pruebas directas; al contrario, la presunción de inocencia puede enervarse sobre la base de pruebas de carácter indiciario que permitan al Tribunal formar su íntima convicción acerca de la comisión delictiva y su autoría. La sentencia del TS de 17 de abril de 2015 señala que por indicio se ha de entender todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. Precisamente por ello, se ha dicho que más que una prueba estaríamos en presencia de un sistema o mecanismo intelectual para la fijación de los hechos, ciertamente relacionado con la prueba, pero que no se configura propiamente como un verdadero medio de prueba.

En cualquier caso, como queda dicho, la prueba indiciaria supone un proceso intelectual complejo que reconstruye un hecho concreto a partir de una recolección de indicios. Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos. Y como quiera que cuando se pone en marcha la cadena lógica, nos adentramos en el terreno de las incertidumbres, la necesidad de un plus argumentativo se justifica por sí sola. El juicio histórico y la fundamentación jurídica han de expresar, con reforzada técnica narrativa, la hilazón lógica de los indicios sobre los que se construye la condena. El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma la condena. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica (cfr. SSTS 587/2014, 18 de julio ; 947/2007, 12 de noviembre y STS 456/2008, 8 de julio , entre otras).

Corresponde al Tribunal la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas, debiendo formar su íntima convicción acerca de la culpabilidad del procesado sin albergar dudas, por cuanto de existir éstas deben resolverse a favor del mismo (STEDH, sec. 5ª, de 6 de octubre de 2011). Este principio reconocido bajo el aforismo " *in dubio pro reo* " es manifestación del más genérico " *favor rei* " y entra en juego cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida con cumplimiento de las correspondientes garantías procesales (STC 16/2000, primera, de 31 de enero). Como ya aclaró la STC 44/1989, primera, de 20 de febrero , este principio pertenece al momento de la valoración probatoria y a la duda racional sobre los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo, de manera que la inexistencia de dudas excluye su aplicación (STC 25/1988, de 23 de febrero). El Tribunal Supremo (STS 936/2006, de 10 de octubre), por su parte, distingue dos fases diferenciadas dentro del proceso de análisis de pruebas: una primera de carácter objetivo dirigida a constatar la existencia de pruebas, así como su respeto a las garantías procesales básicas y su carácter incriminatorio o de cargo y una segunda de carácter predominantemente 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 razón a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal. Es en esta segunda fase donde hemos de situar el principio " *in dubio pro reo* " como condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

SEGUNDO.- Se formula acusación por un delito de abusos sexuales del artículo 181.1 , 2 y 4 del CP , considerando esta Sala que son hechos incontrovertidos el consumo combinado de alcohol y metanfetaminas durante un periodo temporal comprendido entre las 17 y las 22 horas inmediatamente anteriores a los hechos enjuiciados, así como las relaciones sexuales con penetración mantenidas entre Martina y Rafael en el domicilio de los abuelos de éste. De los testimonios prestados en el plenario, por el procesado y la víctima, por Milagrosa que les acompañó durante el tiempo que estuvieron en un primer momento en el domicilio de Rafael , así como por los amigos con los que compartieron posteriormente el "botellón", Gloria y Isidora , ha resultado acreditado el referido consumo. De la declaración del propio procesado han resultado acreditadas las relaciones sexuales descritas. La cuestión a dilucidar, por tanto, consiste en determinar si tales relaciones sexuales fueron consentidas por Martina , como afirma Rafael , o si por el contrario, éste aprovechó su estado de inconsciencia para llevar a cabo la penetración, como sostiene el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

1º) La Sentencia la sala 2ª del Tribunal Supremo 2ª de 29 de octubre de 2013 , apoyándose en la anterior de 15 de febrero de 2005, realiza un estudio pormenorizado de los requisitos del tipo penal objeto de acusación, interesando destacar a los efectos del presente caso que con " *respecto al consentimiento, sus condiciones para*



ser eficaz no están establecidas en la ley, y la doctrina las ha derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa, que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto, habiendo establecido el legislador en el art. 181.2 CP, la presunción "iuris et de iure" de falta de consentimiento, por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la conciencia y la libre voluntad de acción exigibles". Ha de analizarse, pues, si concurre en el sujeto pasivo una limitación o alteración de sus facultades volitivas como consecuencia de la previa ingesta de alcohol y de sustancias estupefacientes que determine la carencia de la aptitud de saber y conocer las trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento. Conviene añadir que la jurisprudencia también ha señalado que no cabe exigir que concorra una ausencia total y absoluta de conciencia, sino que es suficiente una pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad apto para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañe a los impulsos sexuales trascendentes.

2º) Trasladando a este contexto el material probatorio de que se dispone en el presente caso, hemos de partir del reconocimiento hecho por el procesado de haber mantenido con Martina relaciones sexuales completas, con penetración vaginal; ahora bien, de manera constante y persistente, tanto en la declaración en el juzgado (f. 56-58) como en el juicio oral ha expuesto que tales relaciones fueron consentidas y que, si bien Martina estaba un poco bebida, su actitud fue en todo momento activa. En concreto, en su declaración en el plenario manifestó que tras el botellón se ofreció a llevarla a su casa y a pasar previamente por la de sus abuelos para refrescarse; que se trasladaron andando y Martina caminaba bien aunque daba algún bandazo por el alcohol consumido (video 1, min. 12.50); que se refrescaron y estuvieron un rato hablando en el salón de la relación de Rafael con Ángeles, su pareja y amiga de Martina (video 1, min. 13.10); que se liaron quitándose mutuamente la ropa y teniendo relaciones sexuales completas (video 1, min. 14.00); que Martina fue completamente activa y consintió (video 1, min. 14.44). Aunque Martina tuviera síntomas de embriaguez, Rafael niega cualquier aprovechamiento de ello por su parte.

Tal testimonio es sustancialmente corroborado por las demás pruebas practicadas, siendo razonable admitir su verosimilitud. Las declaraciones de los testigos Gloria, Isidora y Milagrosa corroboran la ingesta de alcohol y la embriaguez de Martina, si bien de ellas cabe deducir que no estaba privada de sus facultades volitivas. Así, Isidora declaró que Martina no tenía dificultades para andar y que, cuando se fue, llevaba un rato sin beber y Gloria sostuvo que se marchó afectada pero por su propio pie (absolutamente coincidente con lo expuesto por el procesado).

También aporta credibilidad al relato del procesado el hecho de que tras dejar a Martina en su domicilio, contase todo lo sucedido a un amigo llamado Rafael y a su entonces pareja, Ángeles.

3º) La versión de la víctima es coincidente con la del procesado hasta el momento en que abandonan el botellón en torno a las 22 horas; a partir de entonces, dice no recordar nada de lo sucedido, ni haberse trasladado a casa de los abuelos de Rafael, ni lo allí sucedido, recobrando la consciencia ya en la madrugada del día 13, a las 06.05 horas, cuando inicia la conversación de whatsapp con Rafael transcrita en los folios 110 a 121. En este punto, al confrontar el contenido de dicha conversación y la declaración de Martina, a pesar de las dificultades que encierra valorar el sentido y la intencionalidad de una transcripción de este tipo, se aprecian algunas contradicciones significativas. Así, sostiene que se despertó con molestias y que eso la llevó a iniciar la conversación; sin embargo, no hay ninguna mención a tales molestias hasta el día 14 a las 20.20 horas y sus preocupaciones iniciales son que Rafael hubiera enviado una conversación a Ángeles, la rotura de su móvil, que Ángeles la hubiera bloqueado y su bolso; después se preocupa por cómo estaba su padre y por si había "potado"; tienen que transcurrir 36 minutos de conversación (06.41) para que pregunte "no hicimos na no?". En el momento en que Rafael dice "deja eso ya lo hablaremos", la preocupación de Martina sigue siendo el bloqueo de Ángeles y cuando Rafael le confiesa que se liaron, su pregunta es si Severino, su novio, lo sabe. Una vez que Rafael detalla lo ocurrido, aparte de la preocupación ante un posible embarazo, Martina insiste en el temor de que afecte a su relación con Severino ("yo quiero a Severino", "me acabas de joder la vida porque Severino se va a enterar", "para la única persona que tengo en mi vida que me quiere", "me jodiste todo con Severino ya felicidades"). La acusación particular al interrogar al procesado sostuvo que en la conversación con Martina en ningún momento hizo referencia a su consentimiento y que, por el contrario, le pidió que no le denunciase y que esperase a lo del chaval; en contra de ello, son constantes las referencias a tal consentimiento en la transcripción: "nos liamos" (f.110), "si no me llegas a seguir no habría hecho nada" (f.120), "no hice nada que no me dejaras" (f.121).

4º) Respecto a los informes periciales prestados conjuntamente por la psicóloga que ya con anterioridad a estos hechos trataba a Martina, y por el médico forense que la examinó, de los mismos no cabe obtener datos concluyentes, ni exculpatorios, ni incriminatorios. En la exploración física las lesiones cutáneas son compatibles con mecanismo de caída y otras (equimosis) con forcipresión, explicando en el juicio que podrían



obedecer simplemente a la sujeción para ayudar a la incorporación tras una caída, todo ello absolutamente compatible con la versión del procesado; el examen ginecológico es normal, sin ninguna lesión (video 2, min. 22.45).

Por lo que se refiere a la denuncia, ambos peritos se inclinan por su credibilidad, habida cuenta de la coherencia del relato. No obstante, el médico forense Pedro Miguel , a preguntas del Ministerio Fiscal acerca de la posibilidad de que la denuncia obedeciera a un móvil espurio, admite la posibilidad de una explicación alternativa, en razón a la incidencia que habitualmente tienen sobre el comportamiento de los adolescentes los eventuales condicionantes de su entorno vital más próximo, como familia y amigos.

TERCERO.- Del conjunto de la actividad probatoria practicada con sujeción a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, considera esta Sala que no ha resultado acreditada la comisión por parte del acusado del delito de abusos sexuales con penetración por el que han formulado acusación el Ministerio Fiscal y la acusación particular. Es posible que Martina tuviera debilitado su consentimiento y que ello la llevara a realizar, admitir o tolerar actos que de otra forma no hubiera realizado, admitido o tolerado; pero no es posible concluir ni que su capacidad volitiva se hallase mermada hasta el punto de que estuviera incapacitada para mostrar su oposición, ni que Rafael se aprovechara de tal circunstancia. Todo ello abre un espacio de duda que solo cabe resolver con la aplicación del principio *in dubio pro reo* , que permite decantar *no* s por la versión del acusado que manifiesta que las relaciones fueron consentidas, frente a la falta de prueba de la afirmación de la denunciante sobre una ausencia total de consentimiento.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 123 y 124 del C. Penal en relación con los artículos 239 y sucesivos de la LECrim procede declarar de oficio las costas.

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

FALLAMOS:

Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado Rafael del delito de abusos sexuales con penetración por el que venía siendo acusado, declarándose de oficio las costas causadas.

Se acuerda dejar sin efecto las medidas cautelares acordadas durante la instrucción de la causa.

Así por esta nuestra sentencia frente a la que se puede interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el plazo de diez días, lo acordamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue publicada conforme a los arts. 266 de la L.O.P.J . y 906 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al día siguiente de su fecha, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.