



Roj: **SAP VI 1269/2019 - ECLI: ES:APVI:2019:1269**

Id Cendoj: **01059370022019100278**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **2**

Fecha: **06/11/2019**

Nº de Recurso: **47/2018**

Nº de Resolución: **265/2019**

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

Ponente: **JESUS ALFONSO PONCELA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN SEGUNDA - UPAD

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-BIGARREN ATALA - ZULUP

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - CP/PK: 01008

TEL. : 945-004821 FAX : 945-004820

NIG P.V. / IZO EAE: 01.02.1-17/001610

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.43.2-2017/0001610

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 47/2018 - E

Atestado n.º / Atestatu-zk. : NUM000 - NUM001

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : AGRESIONES SEXUALES /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Penal / Gasteizko Instrukzioko 2 zenbakiko Epaitegia - Zigor-arloko ZULUP Sumario / Sumarioa 265/2017

Contra / *Noren aurka* : Severiano y Teodulfo

Procurador/a / *Prokuradorea* : IGNACIO SANCHIZ CAPDEVILA y AZUCENA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Abogado/a / *Abokatua* : ANTONIO LLAVADOR RUIZ y JUAN BOSCO MAYSOUNAVE GONZALEZ

Esmeralda en calidad de PERJUDICADO(A)

Abogado/a / *Abokatua*: MIGUEL RODRIGUEZ PARRA

Procurador/a / *Prokuradorea*: JOSE IGNACIO BELTRAN ARTECHE

MINISTERIO FISCAL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, compuesta por los Iltmos. Sres. D Jaime Tapia Parreño, Presidente, D. Jesús Alfonso Poncela García y D. Raúl Aztiria Sánchez Magistrados, ha dictado el día 6 de noviembre de 2019 la siguiente:

SENTENCIA N.º 265/2019

Visto ante esta Audiencia Provincial el presente procedimiento Sumario nº 265/17, Rollo de Sala nº 47/18, procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria-Gasteiz, seguido por dos delitos de agresión sexual y un delito de lesiones, contra Teodulfo , nacido en Sáhara, nacional de España, con DNI NUM002 , mayor de edad en cuanto nacido el día NUM003 de 1995 y sin antecedentes penales, defendido por el Letrado Juan Bosco Maysounave González y representado por la Procuradora Sra. Azucena Rodríguez Rodríguez y contra Severiano , nacional de Mauritania, con NIE NUM004 (también identificado en documentos oficiales como Fructuoso), en situación administrativa regular en territorio nacional, mayor de edad en cuanto nacido el día NUM005 de 1995 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, defendido por el letrado Antonio Llavador Ruiz y representado por el Procurador Sr. Sanchiz Capdevilla. Actuando como



Acusación Particular D^a. Esmeralda bajo la dirección letrada del Sr. Miguel Rodríguez Parra y representada por el Procurador Sr. José Ignacio Beltrán Arteche. Con intervención del Ministerio Fiscal. **Asume la ponencia el lltmo. Sr. D. Jesús Alfonso Poncela García.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa se inició dando lugar a la tramitación de las diligencias previas 265/17 del juzgado de instrucción número 2 de Vitoria-Gasteiz. Una vez tramitada la causa y transformada la misma en Sumario ordinario, los autos fueron remitidos a la Audiencia Provincial de Alava a efectos de enjuiciamiento siendo señalado el plenario los días 30 y 31 de octubre de 2019.

El Ministerio Fiscal en su escrito de calificación provisional, calificó los hechos relatados como legalmente constitutivos de DOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL, previstos y penados en los artículos 178, 179 y 180.1.2^a del Código Penal; y UN DELITO DE LESIONES, previsto y penado en el artículo 147.1 del Código Penal. El acusado Teodulfo responde por un delito de agresión sexual y por el delito de lesiones y el acusado Severiano responde por otro delito de agresión sexual y por el delito de lesiones, ambos en concepto de AUTORES, de acuerdo con los artículos 27 y 28 del Código Penal. No concurren en los acusados circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Procede imponer al acusado Teodulfo por el delito de agresión sexual, la pena de PRISIÓN de 14 años, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código Penal, procede imponer al acusado la medida de libertad vigilada por tiempo de 9 años. Como penas accesorias, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 57.1 y 48 del Código Penal, procede imponer al acusado la PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a menos de 500 metros de Esmeralda, tanto de ella como de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier lugar en que se encuentre, así como PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE con ella por cualquier medio, por tiempo de 16 años; por el delito de lesiones, la pena de PRISIÓN de 9 MESES, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Procede imponer al acusado Severiano por el delito de agresión sexual, la pena de PRISIÓN de 13 años, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal, una vez cumplida la totalidad de la pena o aquella parte de la misma que se determine, procederá la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del acusado del territorio español, con prohibición de regresar a España durante 10 años. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código Penal, procede imponer al acusado la medida de libertad vigilada por tiempo de 9 años. Como penas accesorias, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 57.1 y 48 del Código Penal, procede imponer al acusado la PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a menos de 500 metros de Esmeralda, tanto de ella como de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier lugar en que se encuentre, así como PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE con ella por cualquier medio, por un tiempo de 15 años. Por el delito de lesiones, la pena de PRISIÓN de 9 MESES, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo, deberán imponerse a los acusados las costas del procedimiento. En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Esmeralda en la cantidad de 420 euros por las lesiones sufridas y en la cantidad de 20.000 euros por los daños morales ocasionados, cantidad que devengará el correspondiente interés legal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por la acusación particular en su escrito de calificación provisional se calificó los hechos relatados como legalmente constitutivos de dos DOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL, previstos y penados en los artículos 178, 179 y 180.1.2^a del Código Penal y del DELITO DE LESIONES, previsto y penado en el artículo 147.1 del Código Penal. Ambos acusados responden como autores criminales de un delito de agresión sexual y por otro de lesiones en concepto de autores, ex artículos 27 y 28 del Código Penal. No concurren en los acusados circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. Procede imponer al acusado Teodulfo por el delito de agresión sexual, la pena de PRISIÓN de 14 años, con la accesoria de inhabilitación durante el tiempo de la condena. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Código Penal, procede imponer al acusado la medida de libertad vigilada por tiempo de 9 años. Como pena accesoria, la prohibición de aproximarse a la víctima a una distancia no inferior a 500 metros, de acuerdo con lo establecido por los artículos 57.1 y 48 del Código Penal, así como la de comunicación con ésta por cualquier medio durante 16 años. Por el delito de lesiones, la pena de prisión de 9 meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Procede imponer al acusado Severiano por el delito de agresión sexual, la pena de PRISIÓN de 13 años, con la accesoria de inhabilitación durante el periodo de la condena. De conformidad con lo determinado por el artículo 89 del Código Penal, una vez cumplida la pena o la parte que se determine, se procederá a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español, con prohibición de regreso durante 10 años. Procede asimismo imponer al acusado la medida de libertad vigilada por un período de 9 años. Como pena accesoria, la prohibición de aproximarse a la víctima a una distancia no



inferior a 500 metros, de acuerdo con lo establecido por los artículos 57.1 y 48 del Código Penal, así como la de comunicación con ésta por cualquier medio durante 15 años. Por el delito de lesiones, la pena de prisión de 9 meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Esmeralda en la suma de 420 euros por las lesiones sufridas y en la cantidad de 40.000 euros por los daños morales ocasionados, cantidad que devengará el correspondiente interés legal correspondiente, ex artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Procede la imposición de las costas del procedimiento a los acusados, incluidas las de la acusación particular.

Por las defensas de los acusados se solicitó la libre absolución en sus respectivos escritos de defensa.

SEGUNDO.- La vista del juicio plenario se celebró los días 30 y 31 de octubre de 2019, practicándose las pruebas declaradas pertinentes en resolución de fecha 23/07/2019.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en la vista elevó sus conclusiones a definitivas, y la acusación particular y las defensas de los acusados modificaron sus conclusiones solicitando condenar a Teodulfo y a Severiano (también identificado en documentos oficiales como Fructuoso), como autores criminalmente responsables cada uno de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal, a las penas de seis años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, quince años de prohibición de comunicación por cualquier medio con Esmeralda y quince años de prohibición de aproximarse a ella, a su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro que frecuente a una distancia inferior a los quinientos metros, así como a la medida de libertad vigilada durante nueve años.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales establecidas por el ordenamiento jurídico.

HECHOS

PRIMERO.- En la noche del 23 al 24 de febrero de 2017, Esmeralda salió de cena y de fiesta con unos compañeros de estudios y prácticas, y de madrugada se encontró en la discoteca Kubik, sita en esta capital, con los acusados Teodulfo y Severiano (también identificado en documentos oficiales como Fructuoso), a los que ya conocía y con los que entabló conversación.

Sobre las 6:00 del 24 de febrero le ofrecieron a Esmeralda salir del establecimiento e ir a otro lugar, a lo que ella accedió, comenzando a caminar juntos por calles del centro de Vitoria-Gasteiz. Ella no sabía a dónde se dirigían y terminaron el paseo ante el nº NUM006 de la CALLE000. En el NUM007 de dicho inmueble los acusados disponían de una vivienda que usaban de manera ocasional los fines de semana. Le ofrecieron subir y ella accedió, confiada.

Una vez dentro, se dirigieron al salón de la vivienda y los tres se sentaron en un sofá. En ese momento, ambos se echaron encima de Esmeralda, tratando de besarla en la cara y en la boca. Esmeralda les rechazó, manifestó que la dejaran en paz y que se quería ir. Teodulfo dijo a Severiano que la dejara y ambos cesaron en su actitud. Esmeralda se levantó y caminó por el pasillo hacia la puerta de salida, con intención de abandonar el inmueble.

Mientras Severiano permanecía en el salón, Teodulfo siguió a la Sra. Esmeralda, le impidió salir y, situado frente a ella, la empujó al interior de un dormitorio que se encuentra junto a la puerta de salida. Enseguida, Esmeralda cayó tumbada boca arriba sobre la cama de la estancia. Teodulfo se colocó encima de ella y le bajó los leggins y las bragas hasta las rodillas y la desnudó de cintura para arriba, contra la voluntad de Esmeralda, que le decía que la dejara, que no quería hacer nada con él. Le dijo también que tenía la regla y él contestó que le daba igual. La víctima entró en shock, quedó con la mente en blanco, casi paralizada. Desnudada de ese modo y sin dejar de negar su consentimiento, ella se tapaba los genitales con las manos, pero el acusado se las retiró, le abrió las piernas, se situó encima y la penetró vaginalmente con el pene sin usar preservativo.

Al cabo de un rato, Teodulfo se apartó y llamó a Severiano, que acudió desde el salón. Severiano también se tumbó sobre Esmeralda, mientras Teodulfo salía de la estancia e iba a la cocina. Esmeralda igualmente negó su consentimiento a Severiano de manera verbal, pidiéndole que la dejara, pero él hizo caso omiso, le manoseó la vagina con los dedos y la penetró con el pene vaginalmente sin preservativo durante unos breves minutos.

Poco después de salir, Teodulfo regresó al dormitorio y entonces Severiano se levantó y marchó al salón a dormir. Teodulfo volvió a echarse sobre ella y la penetró de nuevo, eyaculando. Esta segunda penetración de Teodulfo duró menos tiempo que la primera e igualmente fue forzada, sin consentimiento de Esmeralda, que verbalizaba su negativa.

Cuando terminó el acusado, Esmeralda fue al baño a lavarse las manos, que tenía manchadas de sangre, se vistió y se marchó.



SEGUNDO.- Como consecuencia de estos hechos, Esmeralda sufrió lesiones consistentes en una equimosis redondeada de un centímetro en la superficie anterior del extremo proximal del muslo derecho y dos heridas lineales de uno y dos centímetros en la cara interna del labio menor izquierdo, lesiones que requirieron para su sanidad de una primera asistencia facultativa, y curaron en catorce días no impeditivos sin restar secuelas. En el Hospital se le pautó un antibiótico a efectos preventivos, no curativos.

TERCERO.- Así mismo, como consecuencia de estos hechos, Esmeralda presenta afectación psicológica con sintomatología ansiosa y depresiva, que ha requerido y requiere tratamiento psicológico, y ha incidido negativamente en su estado vital previo a los actos enjuiciados. No es posible prever las consecuencias psicológicas a largo plazo que estos hechos puedan generar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tras la práctica de las pruebas, el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales (delito de agresión sexual de los artículos 178, 179 y 180.1.2ª y delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal), mientras las defensas de los acusados y la acusación particular modificaron las suyas (art. 732 L.E.Crim.), coincidiendo en calificar los hechos enjuiciados como delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179. En sus respectivos escritos y de manera provisional, la acusación particular calificaba los hechos del mismo modo que el Ministerio Fiscal y las defensas instaban la absolución. Con estas modificaciones, estas tres partes adecuaron sus conclusiones al resultado de las pruebas. En el trámite de última palabra, los acusados mostraron su asentimiento al cambio introducido por sus respectivos abogados.

La variación de las conclusiones de las defensas supone que la presente motivación fáctica no necesita ajustarse a las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, pues nadie sostiene la inocencia de los acusados, no obstante lo cual analizaremos las pruebas y expondremos las razones que nos llevan a una convicción de sentido incriminatorio.

No hay debate planteado sobre dónde sucedieron los hechos que se enjuician. Los acusados y la víctima coinciden en la localización espacial de los mismos, en qué inmueble (CALLE000 nº NUM006 - NUM007) y estancias de la vivienda acaecieron. Sobre este extremo contamos, además, con el informe de inspección ocular (obrante a los folios 213 y ss. de las actuaciones) y las declaraciones testificales de los agentes de la Policía Autónoma Vasca con números profesionales NUM008 y NUM009 , que la realizaron.

En el dormitorio señalado, los dos acusados penetraron vaginalmente con el pene a la víctima. Teodulfo lo reconoce abiertamente. Severiano dijo en el juicio oral que no recordaba si la había penetrado, pero en su primera declaración judicial, ante el Juzgado instructor, tres días después del suceso, afirmó que sí lo había hecho (sin preservativo), como lo resaltó la Fiscal (art. 714 L.E.Crim.). Así cabe declararlo probado, tanto por el testimonio de Esmeralda , que así lo asevera, como por el asentimiento de Severiano a la calificación de su defensa como agresión sexual del artículo 179. A mayores, tenemos los informes periciales emitidos por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (folios 251 y ss. y 348 y ss.) y las aclaraciones a los mismos realizadas en el juicio por los peritos con números profesionales NUM010 y NUM011 , según los cuales había semen de ambos acusados en las muestras extraídas del cuerpo y la ropa interior de la Sra. Esmeralda .

La inicial discrepancia versaba sobre si ella había consentido esas penetraciones. La principal prueba de cargo es la declaración testifical de Esmeralda .

Siguiendo los parámetros valorativos del testimonio de la víctima asentados por la jurisprudencia, encontramos, para empezar, una evidente credibilidad subjetiva. Esmeralda , Teodulfo y Severiano se conocían superficialmente; para ella eran unos chicos que le caían bien y ellos no han dicho nada distinto, no había móviles previos de resentimiento o enemistad. No se conoce ningún ánimo espurio que pudiera llevar a Esmeralda a mentir para perjudicarlos.

Se sugirió en la vista oral que el motivo de la denuncia podía ser buscar un medio de justificación de su conducta sexual ante el previsible alarde y publicitación del encuentro por parte de los acusados, con merma de la reputación de ella; sin embargo, este supuesto móvil para denunciar mendazmente ha quedado desacreditado por los testimonios concordes de Olga , Tania , Paloma (amigas de Esmeralda) y Rafaela : Esmeralda les contó que había sido agredida y no quería denunciarlo, fueron ellas las que la convencieron de que denunciar era lo correcto. Aún más, la denuncia y el proceso judicial, la noticia de la violación, han supuesto un evidente perjuicio emocional a los miembros de la familia de Esmeralda (testifical de su padre, Eduardo), como era de prever, y nadie ocasionaría tanto daño psíquico a sus seres queridos por la sola intención de salvar su reputación ante las amistades y círculos de conocidos, de contrarrestar un hipotético y no demostrado detrimento reputacional.



Diremos sobre este extremo, finalmente, que las manifestaciones de la testigo-víctima merecieron credibilidad a los miembros de la Sala, guiados en este juicio por las ventajas que proporciona la inmediatez judicial, que permitió percibir directa y personalmente gestos, entonaciones, pausas, expresiones emocionales (llantos) y demás detalles que persuaden de la realidad de lo relatado.

Este testimonio (subjetivamente creíble, como decimos) viene apoyado por corroboraciones periféricas.

Unas horas después del suceso, Esmeralda se comunicó por medio de la aplicación whatsapp con Faustino y le contó lo que había pasado: que lo había hecho "super obligada, o sea, yo dejarme dejarme, nada" (documental a los folios 88 a 92). Según declaró en juicio, Faustino interpretó que la habían violado.

Unas horas más tarde, ya en la noche siguiente, en los mismos términos (relaciones sexuales forzadas) se lo relató la víctima a Olga, Tania, Paloma y Rafaela. Las testigos la vieron emocionalmente "mal", "fatal", "muy nerviosa", "lloraba, no se la entendía", "con cara de haber llorado", síntomas de la realidad de su narración y compatibles con la gravedad de los hechos.

A la mañana siguiente, en su casa, Eduardo encontró a su hija en el mismo estado y, cuando la preguntó, le contestó "me han forzado".

Sobre la compatibilidad de esa expresividad emocional (de entonces y posterior) con la existencia de una agresión sexual nos ha hablado la testigo Ana, psicóloga que trata a Esmeralda, quien descartó la posibilidad de fabulación. Añadió que las pesadillas, pensamientos intrusivos, miedo, vergüenza, irritabilidad, depresión, sentimiento de culpa, asco, baja autoestima, no son síntomas fingidos y son ajenos a unas relaciones sexuales consentidas.

En igual sentido se pronunció la perito Blanca, psicóloga de la Unidad Forense de Valoración Integral. Los síntomas (ansiedad, depresión, pérdida de confianza en el entorno, auto-culpa, auto-reproche) no son compatibles con fabulación o relaciones consentidas y son propios de un trauma, un trastorno reactivo coherente con la realidad de una agresión.

Los Médicos forenses Constanza y Felisa nos informaron sobre la exploración física de la víctima y de las lesiones que presentaba. Una en el muslo, cerca de la zona inguinal, compatible con fuerza para abrirla las piernas, y las de la zona genital son igualmente compatibles con una penetración forzada, posibles, pero poco probables en el contexto de una relación sexual consentida.

Por último, en cuanto a la persistencia en la incriminación, en el interrogatorio las defensas destacaron algunas discrepancias entre el texto del acta de denuncia y la declaración testifical de la víctima. No obstante, se comprueba que algunos extremos de esas discrepancias fueron ya aclarados y corregidos por la Sra. Esmeralda en su declaración sumarial, poco después de denunciar, y ha mantenido en el plenario lo narrado ante la Instructora.

Persisten algunas cuestiones de detalle (sobre quién le quitó completamente los leggins y las bragas, o si Teodulfo le dijo que se corriera, por ejemplo) que tienen un carácter accesorio o secundario y por eso no alcanzan a desvirtuar el valor acreditativo de esta prueba de cargo.

El testimonio en el juicio oral presenta algunas novedades, como que Teodulfo llamó a la habitación a Severiano, o que Severiano intentó penetrarla bucalmente, pero la psicóloga Sra. Ana explicó de qué modo y por qué los recuerdos pueden bloquearse o desbloquearse a lo largo del tiempo después de una experiencia traumática. Es decir, los detalles no narrados con anterioridad no revelan, en este caso, una invención de los mismos, y menos aún de los hechos persistentemente narrados. Debe recordarse que Esmeralda se ha visto obligada a relatar muchas (demasiadas) veces cómo fue agredida, y en lo sustancial ha contado siempre lo mismo.

En definitiva, ciertas contradicciones en el relato de la víctima no bastan para tachar de mendaz la totalidad del mismo, máxime considerando la credibilidad subjetiva y objetiva de dicha narración, como queda precedentemente argumentado.

Esmeralda fue violada vaginalmente por Teodulfo y Severiano. Los hechos son tipificables conforme a los artículos 178 y 179 del Código Penal.

SEGUNDO.- La acusación pública sostiene en solitario que, además, concurre el subtipo agravado del artículo 180.1.2ª ("*cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*").

Conforme enseña la sentencia del Tribunal Supremo nº 235/2012, de 4 de mayo:

"La ratio agravatoria de la cualificación, según la doctrina mayoritaria tendría su base, entre otras, en las siguientes razones:



- a) en la acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros.
- b) se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con la efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima.
- c) existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por contra mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva.
- d) mayores dificultades para defenderse o intentar la huida. Facilita la ejecución del delito por la mayor indefensión que ocasiona.

En el fondo la ratio agravatoria coincidiría con las circunstancias genéricas de abuso de superioridad, cuadrilla (ya derogada), auxilio de otras personas, etc., que se contienen en el número 2 del art. 22 del Código Penal. Legislación citada que se aplica Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. art. 22, al que se debería acudir de no existir el presente subtipo agravado (art. 180.1 2º del C.P. Legislación citada CP).

En el caso que nos ocupa, la única actuación conjunta de los dos acusados se dio en el salón de la vivienda, cuando los tres se sentaron en el sofá y ellos se echaron sobre la víctima para besarla. Pero ella les rechazó y ellos cesaron voluntariamente en su actuación. Aquí se produce una ruptura del *iter criminis*. Esmeralda se levanta y enfila el pasillo hacia la puerta de salida. Teodulfo va detrás de ella, mientras Severiano se queda en el salón. No hay atisbo de prueba sobre un previo concierto de voluntades entre los dos acusados para lo que sucedió a continuación.

Teodulfo la alcanza en el pasillo, le impide la salida, la empuja para introducirla dentro de un dormitorio, Esmeralda cae boca arriba sobre la cama. Teodulfo se coloca encima, le baja leggins y bragas hasta la rodilla y la desnuda de cintura para arriba, la penetra vaginalmente. En nada ha participado Severiano, que sigue en el salón, según declaraciones de los tres; Teodulfo no ha necesitado su intervención para vencer la resistencia de Esmeralda. Como ella explicó en el plenario, entró en shock, "se quedó en blanco", paralizada, por la actuación individual de Teodulfo. No hay prueba, ni motivo para deducir que la presencia de Severiano en el salón de la vivienda fuera un factor intimidante sobre Esmeralda que propició los actos de Teodulfo en el dormitorio. Ni la declaración testifical de la víctima ni ninguna otra prueba practicada permite concluir que en ese estado de shock o parálisis influyera la presencia de dos varones en la vivienda.

Teodulfo acaba y llama a Severiano (así lo manifiestan éste y la víctima). Aparece Severiano y Teodulfo se va de la habitación; en esto son concordes las manifestaciones de ambos acusados, y la denunciante no lo niega, porque no lo recuerda. Severiano penetra vaginalmente a la chica, sin auxilio alguno de Teodulfo, que no está en la estancia. Ella sigue negándose, pero su resistencia (más verbal que física) es vencida e ignorada por Severiano sin intervención de Teodulfo.

Regresa Teodulfo a la habitación, entonces Severiano se levanta y marcha al salón. Nada sabe de lo que sucedió en el dormitorio (segunda penetración vaginal de Teodulfo), porque se fue a dormir. Desde que salió del dormitorio, Esmeralda no volvió a ver a Severiano.

Lo que los tres relatan es una sucesión de actos individuales, donde ninguno de los acusados auxilia al otro o interviene de modo alguno en lo que el otro hace. No hubo, por tanto, una "actuación conjunta" que proporcionó una situación de superioridad a los dos agresores y mermó las posibilidades de defensa o huida de la víctima. Fue la situación de shock en que entró Esmeralda la que facilitó la agresión de cada uno, no la ayuda del otro, y tampoco colaboraron juntos de modo alguno para provocar esa situación emocional en la denunciante.

La pena del subtipo agravado (art. 180 Cp.) duplica la del tipo básico (art. 179 Cp.) y la concurrencia de la circunstancia agravatoria debe contar por ello con una sólida acreditación que proporcione certeza. Aquí no la hay. Apreciando ajustadamente el resultado de las pruebas practicadas, la acusación particular modificó sus conclusiones para dejar de defender el subtipo agravado y el Tribunal no aprecia motivos bastantes para aplicar la norma agravatoria.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal también sostiene en solitario la existencia de un concurso real entre el delito contra la libertad sexual y un delito de lesiones.

Para empezar, no se trataría de unas lesiones menos graves del artículo 147.1 del Código, sino de unas lesiones leves tipificadas en el artículo 147.2. Al aclarar su informe de sanidad (folios 303 y 304), la Médico forense Sra. Constanza aclaró que la prescripción de antibiótico fue a modo de prevención, para evitar una infección, no para curar una existente (véase, definición de tratamiento médico en S.TS. nº 1250/2009, de 10 de diciembre, por ejemplo; o S. nº 614/2000, de 11 de abril, sobre la necesidad objetiva del tratamiento). Las sociedades médicas y las instituciones públicas de sanidad alertan cada vez con más frecuencia sobre el uso desmesurado de antibióticos a prevención y una práctica médica que se ha vuelto rutinaria y es científicamente rebatida no puede determinar por sí sola que un delito leve se convierta en menos grave, no en los supuestos



en que no hay más detalles sobre la probabilidad de una infección derivada de la herida concreta y, por tanto, sobre la necesidad de esa medicación.

Además, sobre la relación concursal entre los delitos de agresión sexual y de lesiones, viene al caso citar la sentencia del Tribunal Supremo nº 501/2018, de 24 de octubre:

"Como dijimos, en nuestra Sentencia 794/2015 de 3 de diciembre : "...la sustantividad de las lesiones o su absorción en el delito de violación dependen de la naturaleza de las mismas como algo inevitable o consecuencia normal del yacimiento o como independientes y con sustantividad propia por la violencia ejercida. Su apreciación es por ello muy circunstancial y ha de operar caso a caso en función de las concretas lesiones producidas y su modo de causación. No se estimará absorbida la lesión si la violencia ejercida para doblegar o vencer la resistencia de la persona atacada superó los límites mínimos necesarios para entender que concurrió la violencia contemplada en la descripción del tipo objetivo de la agresión sexual, sancionando independientemente aquello que exceda.

Este criterio es coincidente con el de la jurisprudencia de esta Sala. Hemos dicho que la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, como por ejemplo lesiones en la propia zona genital, no ocasionadas de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acto carnal forzado (cfr. SST588/2007, 20 de junio , 167/2007, 27 de febrero , 892/2008, 11 de diciembre , entre otras muchas)".

En el caso que nos ocupa, las lesiones leves se localizan en un muslo, próxima a la zona inguinal, que la Médico forense identificó como pequeña equimosis causada en la maniobra de abrirle las piernas a la víctima, y dos en la vagina, como propias de una penetración forzada. En la sentencia citada, las lesiones eran erosiones derivadas del forcejeo en el suelo y el Tribunal Supremo apreció un concurso de normas (art. 8.3ª Cp.), no un concurso ideal (art. 77), y menos un concurso real de delitos (art. 73). En el trámite de alegaciones finales, la acusación pública no dedicó tiempo a defender esta pretensión acusatoria.

Así pues, las lesiones infligidas a Esmeralda quedan absorbidas en el más grave delito contra la libertad sexual y no son punibles por separado, en virtud del mencionado artículo 8.3ª del Código. Este pronunciamiento no afecta a la responsabilidad civil por las lesiones físicas, cuya realidad no se discute y constituyen un perjuicio indemnizable, según enseña la jurisprudencia citada.

CUARTO.- Como autores de sendos delitos de violación, procede imponer a Teodulfo y a Severiano las penas de seis años de prisión (art. 179) y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo (art. 56.1.2º). En la individualización de estas sanciones, hemos optado por el mínimo legal, por no concurrir circunstancias en el hecho o en los autores que impulsen a incrementar las penas (art. 66.1.6ª).

Además, se les impone una medida de nueve años de libertad vigilada, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad (art. 192) y las penas de quince años de prohibición de comunicación por cualquier medio con Esmeralda y de prohibición de aproximarse a ella, a su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro que frecuente a una distancia inferior a los quinientos metros (arts. 48 y 57.1). La duración de estas penas y de esa medida viene determinada por la concorde petición de la acusación particular y de las dos defensas y por ser adecuada a las circunstancias del caso.

Finalmente, no procede acordar la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional sobre Severiano (art. 89). Se trata de un joven extranjero, de origen saharauí, pero afincado en España, concretamente en Vitoria-Gasteiz, con familia nacionalizada española (documental presentada en el acto del juicio) y que presenta una completa integración, como revela el perfecto conocimiento de nuestro idioma y su inclusión en el mundo laboral. Este arraigo social, laboral, familiar y personal convertiría la expulsión en una medida desproporcionada (art. 89.4), pues, a falta de más datos sobre la vinculación que mantenga con su lugar de origen, podría suponer un desarraigo injustificado. La Fiscal no defendió con razones su petición en el trámite de alegaciones finales y la Sala no conoce ninguna que impulse a estimarla.

QUINTO.- Los acusados son responsables civiles de los perjuicios ocasionados por sus actos (arts. 109 y ss. Cp.) y la existencia de éstos es innegable, irrefragante en delito tan grave como es una violación, no sólo por el leve detrimento físico, sino sobre todo por el impacto emocional del hecho, el trauma con toda su variada sintomatología, que las dos psicólogas deponentes en juicio han detallado. Sobre ello no hay expresa oposición de las defensas, que, de hecho, han solicitado que la cuantía se reduzca a la solicitada por el Ministerio Fiscal, sin cuestionar la realidad del perjuicio y de la consecuente deuda.

La Fiscal pidió una indemnización de 20.000 euros, mientras la acusación particular solicitó una de 40.000 euros por los daños morales y 420 euros como resarcimiento por las lesiones físicas.



Siguiendo usos del foro y cálculos habituales del Tribunal en supuestos de delitos contra la libertad sexual, asumimos como más ajustada la pretensión indemnizatoria de la acusación pública por los daños morales (20.000 €), considerando la edad de la víctima, su capacidad de afrontamiento del trauma, el impacto actual sobre su vida social y la incertidumbre sobre repercusiones negativas futuras que pudieran no existir. A esa cantidad añadimos lo reclamado por la acusación particular por las lesiones físicas (420 €), que del mismo modo resulta ajustado.

SEXTO.- De acuerdo con los artículos 123 y 124 del Código Penal, procede imponer a los acusados el abono de la mitad de las costas del proceso, que pagarán por mitad. En las costas se incluyen la mitad de las ocasionadas a instancia de la acusación particular, por ser ésta la norma general y no haber causa para hacer salvedad de la misma. Aunque la acusación particular retiró la imputación de un delito de lesiones, lo hizo en el trámite de conclusiones definitivas y durante el proceso, hasta ese momento, los acusados hubieron de defenderse también frente a este delito.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Condenar a Teodulfo y a Severiano (también identificado en documentos oficiales como Fructuoso), como autores criminalmente responsables cada uno de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal, a las penas de seis años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, quince años de prohibición de comunicación por cualquier medio con Esmeralda y quince años de prohibición de aproximarse a ella, a su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro que frecuente a una distancia inferior a los quinientos metros, así como a la medida de libertad vigilada durante nueve años.

Absolvemos a Teodulfo y a Severiano del delito de lesiones.

Condenamos a Teodulfo y a Severiano, como responsables civiles, a que, de manera conjunta y solidaria, indemnicen a Esmeralda en la cantidad de 20.420 euros, más los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenamos a los acusados al pago de la mitad de las costas del proceso, incluidas la mitad de las costas de la acusación particular, que abonarán por iguales partes.

Notifíquese a las partes esta resolución que es susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en los términos del artículo 846 ter LECr.

Así, por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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