



Roj: **SAP VI 386/2019** - ECLI: **ES:APVI:2019:386**

Id Cendoj: **01059370022019100081**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **2**

Fecha: **06/03/2019**

Nº de Recurso: **25/2018**

Nº de Resolución: **62/2019**

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

Ponente: **ANA JESUS ZULUETA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 386/2019,**
STSJ PV 1093/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN SEGUNDA - UPAD
ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-BIGARREN SEKZIOA - ZULUP

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

TEL. : 945-004821 FAX : 945-004820

NIG P.V. / IZO EAE: 01.02.1-17/001406

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.43.2-2017/0001406

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 25/2018

Atestado n.º / Atestatu-zk. :

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : AGRESIONES SEXUALES /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia: Juzgado de Instrucción nº 1 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Penal / Gasteizko Instrukzioko 1 zenbakiko Epaitegia - Zigor-arloko ZULUP Sumario / Sumarioa 237/2017

Contra / *Noren aurka* : Teodosio

Procurador/a / *Prokuradorea* : JULIAN SANCHEZ ALAMILLO

Abogado/a / *Abokatua* : CARMELO PASCUAL LAMAZA

Marisol en calidad de PERJUDICADO(A)

Abogado/a / *Abokatua*: ROSA ANA SANTA MARIA SANTA MARIA

Procurador/a / *Prokuradorea*: IRUNE OTERO URIA

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, compuesta por los Iltmos. Sres. D Jesús Alfonso Poncela García, Presidente, Dª Ana Jesús Zulueta Álvarez y D. Raúl Aztiria Sánchez Magistrados, ha dictado el día 6 de marzo de 2019, la siguiente:

SENTENCIA N° 62/2019

Visto ante esta Audiencia Provincial el presente Procedimiento Sumario número 237/17, Rollo de Sala número 25/18, procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Vitoria, seguido por un delito de agresión sexual, contra D. Teodosio , provisto de N.I.E. nº. NUM000 nacido en Blida (Argelia), el día NUM001 /1884 y vecino de Vitoria-Gasteiz (Alava), hijo de Jose Ignacio y de María Consuelo , con instrucción, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, cuya solvencia o insolvencia no consta, defendido por el letrado Sr. Pascual Lamaza y representado por el procurador Sr. Sánchez, como Acusación Particular Dª Marisol , dirigida



por la letrada Sra. Santamaría y representada por la procuradora Sra. Otero habiendo sido parte el Ministerio Fiscal. Ha sido **Ponente la Ilma.Sra. Magistrado Doña Ana Jesús Zulueta Álvarez.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de acusación definitivo realizó las siguientes alegaciones.

Los hechos narrados son constitutivos de UN DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL, previsto y penado en el artículo 178 y 179 del Código Penal .De los hechos narrados responde el procesado en concepto de AUTOR, por aplicación del artículo 28 del Código Penal . No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Procede imponer al procesado la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas procesales. Procede, por aplicación del artículo 192.1 del Código Penal , imponer al procesado la medida de libertad vigilada por tiempo de 5 años, a ejecutar con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Asimismo y de conformidad con el artículo 57.1 del Código Penal , procede imponer al procesado la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de Marisol , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro por ella frecuentado, así como la prohibición de comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento por tiempo de 10 años.El procesado indemnizará a Marisol en la cantidad de 360 euros por las lesiones sufridas y en la cantidad de 3.000 euros en concepto de daños morales. Con imposición de las costas procesales.

La letrada de la acusación formuló escrito de calificación definitivo en los mismos términos que el Ministerio Fiscal , salvo la modificación efectuada en el sentido de considerar, en cuanto a la calificación jurídica, que también concurre la circunstancia prevista en el art. 180.1.3 del Cp .

SEGUNDO.- La defensa del encausado mostró su disconformidad con el relato de los hechos realizado por la acusación pública, con la acusación particular y con la pena para él solicitada, interesando la libre absolución.

TERCERO.- La presente causa fue turnada para su enjuiciamiento a esta Sección de la Audiencia Provincial de Álava, en la que fue registrada con el número reseñado, designándose Magistrado ponente y admitiéndose las pruebas propuestas por la acusación, acusación particular y la defensa, y señalándose la fecha para el comienzo de las sesiones del Juicio Oral que tuvo lugar el día 23 de enero de 2019 con la asistencia del encausado y demás partes procesales.

CUARTO.- Abierta la sesión del acto del juicio, y conocidas por el encausado las peticiones de la acusación y la defensa, se practicó la prueba propuesta y admitida, consistente en el interrogatorio del encausado, testifical, y documental por reproducida, con el resultado que obra en el correspondiente soporte de grabación audiovisual.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal y la letrada de la acusación particular, en el trámite de conclusiones elevaron a definitivas las que, en su momento, fueron provisionales. Evacuado el trámite de informe los autos quedaron vistos para sentencia.

SEXTO.- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales aplicables.

HECHOS PROBADOS

Son hechos probados y así se declaran:

PRIMERO.- El día 19 de febrero de 2017 sobre las 07:30 horas Teodosio (en adelante Teodosio), mayor de edad, de nacionalidad argelina, con NIE NUM000 , en situación administrativa regular y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se introdujo junto con Marisol (en adelante Marisol), accediendo ésta al lugar de forma no forzada, en uno de los baños de la discoteca Mitika, sita en la calle de La Paz de esta ciudad. Una vez dentro del baño, Marisol se colocó de espaldas a la puerta con los brazos apoyados en el inodoro y Teodosio permaneció de pie, de frente a su espalda y, en esta postura, mantuvo con Marisol relaciones sexuales consentidas por vía vaginal, si bien en un momento determinado su pene , en el que portaba un "piercing" rozó la zona anal de la denunciante por lo que ésta le dijo que se detuviera. Ante esta manifestación Teodosio se detuvo inmediatamente y abandonó el baño donde se encontraban.

No ha quedado acreditado que Teodosio penetrara analmente a Marisol .

SEGUNDO.- Minutos después se produjo una discusión en el referido baño entre Marisol y otra mujer no identificada, lo que motivó que accediera al lugar el encargado de seguridad de la discoteca (Faustino), quien acompañó a Marisol al exterior, donde ésta le refirió que le habían forzado. Por esta causa Faustino , al ver una patrulla de la policía local, que pasaba por el lugar ,les dio aviso. Los agentes actuantes tras hablar con Marisol ,entraron con ella al interior de la discoteca buscando al presunto autor de los hechos, que en un primer momento fue identificado por la denunciante como Inocencio .Al no encontrarle salieron al exterior



donde Marisol les dijo que el autor no era Inocencio sino Teodosio por lo que volvieron a entrar en su busca sin hallarle en el interior.

TERCERO.- Posteriormente Marisol fue trasladada por los propios agentes de policía local al hospital de Txagorritxu, si bien ante la negativa a ser examinada por el médico de guardia y el forense fue conducida a su domicilio. No obstante, sobre las 16:50 horas Marisol fue trasladada nuevamente al centro hospitalario y fue reconocida por los profesionales antes citados. En este reconocimiento se le objetivaron lesiones consistentes en hematoma de 3x5 centímetros en cuadrante inferior derecho de región perianal, que interesa, probablemente, cara interna del esfínter anal y fisura anal asociada. El día siguiente, sobre las 15:15 horas Marisol volvió a acudir al hospital de Txagorritxu donde fue nuevamente reconocida presentando dos hematomas digitiformes de 2x3 centímetros en antebrazo derecho, otro hematoma de 1x1 centímetros en antebrazo izquierdo y erosión en el cuello. Tales lesiones tardaron en curar 10 días, todos ellos no impeditivos, sin que a la perjudicada le resten por ello secuelas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. ¿ CUESTIONES PREVIAS

Evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal, la acusación particular y la defensa no se formularon cuestiones previas.

La acusación particular modificó el escrito de conclusiones en el acto del juicio en el sentido de añadir a los delitos por los que se dirige la acusación el subtipo agravado previsto y penado en el art. 180-1-3º.

En el trámite de proposición de pruebas la defensa solicitó en el acto del juicio, el visionado de la grabación aportada junto al atestado de las cámaras de seguridad, que se admitió, sin protesta por las demás partes y se practicó con el resultado que obra en autos.

SEGUNDO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El Tribunal ha partido del derecho a la presunción de inocencia consagrado con rango de derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución, que implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley (art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 6.2 del convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Suponiendo que es preciso el desarrollo de una actividad probatoria de cargo cuya iniciativa corresponde a la acusación, realizada con las garantías necesarias y referida a los elementos esenciales del delito que desvirtúe racionalmente la presunción inicial, en cuanto permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos (entre otras SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; y 56/2003, de 24 de marzo, FJ 5).

Junto a la presunción de inocencia, y en la ponderación del material probatorio, el Tribunal ha estado presidido ante situaciones de incertidumbre o duda por el principio in dubio pro reo de tal suerte que al no quedar convencido de la concurrencia de los presupuestos negativos y positivos del juicio de imputación de determinados hechos ha optado por una declaración negativa de culpabilidad, al ser menos gravoso a las estructuras sociales de un país la libertad de cargos, aun cuando será meramente parcial, de un culpable que la condena de un inocente, TS. S. 20.3.1991, o como se dice en sentencia de 11.10.2006 " El sistema penal propio de un Estado Democrático de Derecho, basado en principios que reconocen los derechos individuales, y entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, no puede asumir la condena de los inocentes, aun cuando ello sea a costa de confirmar en ocasiones la absolución de algunos que pudieran ser culpables ". - El dictado de una sentencia absolutoria como se desprende del relato de hechos probados, dado que no se expresa alguno susceptible de constituir un delito de agresión sexual por los que se ha formulado acusación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, la prevalencia o el mantenimiento de la presunción de inocencia, no dispensa al Tribunal de motivar su decisión en aras tanto del derecho a la tutela judicial efectiva como de la interdicción de la arbitrariedad ex artículo 24.1, 120.3 y 9.3 de la Constitución.

La prueba realizada de plenario ha consistido en la declaración del acusado, de la denunciante, de los testigos, pericial y, en la documental unida a la causa y la que se ha aportado en el acto del juicio.

Procede analizar en primer lugar la declaración de la denunciante. Comenzó diciendo que el día 19 de febrero de 2017, salió con una amiga y un amigo de fiesta y consumieron bebidas alcohólicas y después, ya solo con su amiga, estuvo tomando unos chupitos en el bar El Norte, donde trabajaba Teodosio y a quien conocía por ello desde hace unos tres meses. Ha manifestado en el acto del juicio que después de este momento no recuerda prácticamente nada a excepción de una parte del trayecto hasta que llegó a la discoteca MITIKA y



que se tomó otro chupito allí. Una vez en el local refiere que se despertó, se empezó a espabilar en la zona de los baños de la referida discoteca. La sensación que ella tenía era como de haber estado en coma, estaba desorientada, no se acordaba de nada de lo que había ocurrido hasta llegar allí. A partir de este momento, sería sobre las siete y media recuerda que Teodosio le agarró del brazo para ir al baño y una vez allí él le bajó el pantalón ya que ella no podía, le cogió el bolso, ella estaba de frente a la pared con las manos apoyadas en ésta y comenzó a penetrarla vaginalmente pero acto seguido le penetró analmente. Señala que ella nunca había realizado esta última práctica sexual por lo que le dijo que parara, que le dolía y que él reaccionó agarrándole fuertemente los brazos y le penetró analmente cinco o seis veces mientras ella seguía chillando, diciéndole que parara y que le dolía mucho. Indica que tras este suceso él salió del baño corriendo y la dejó allí tirada con los pantalones bajados y que se quedó en shock y comenzó a llorar hasta que vino un vigilante de seguridad y le dijo que llamara a la policía. Señala que a los agentes y al vigilante de seguridad les dijo que el autor de los hechos era el acusado. Posteriormente le llevaron al hospital si bien estaba muy cansada por lo que les pidió a los agentes que le llevaran a casa y que por la tarde volvería y así lo hizo. Al día siguiente volvió a ir al hospital ya que cuando acudió a la comisaría a prestar declaración le hicieron fotos de los hematomas de los brazos y del cuello y le recomendaron que acudiera al centro hospitalario.

A preguntas del letrado de la defensa señaló que no recordaba haber dicho a la policía inicialmente que el autor fuera un varón llamado Inocencio, aunque sí que estuvo con esta persona fuera del local. Tampoco recuerda haber estado en el baño de la discoteca, antes del encuentro que tuvo con el acusado, con otro varón que llevaba una camiseta amarilla. Respecto al uso del preservativo por parte de Teodosio ha declarado que ella no sabe si usó o no preservativo por lo que no cree que pudiera decirlo en fase de instrucción. Tampoco recuerda estar discutiendo con una chica en el baño cuando llegó el portero, ya que se encontraba en shock. En cuanto al arañazo que presenta en el cuello no recuerda como se lo pudo causar, pero supone que el acusado le agarraría del cuello. Tampoco recuerda que sangrara ni manchara sus prenda intimas o pantalón, ni si el acusado le estaba agarrando cuando le penetró vaginalmente.

El acusado Teodosio admitió en el acto del juicio que conocía a Marisol ya que solía ir al bar en el que trabajaba y el mismo día de los hechos ella estuvo allí y que incluso le llegó a pedir que le diera un beso a lo que él se negó. Señala que luego se encontraron en la discoteca MITICA y bajaron a los baños para mantener relaciones sexuales en dos ocasiones. La primera vez estuvieron en un baño más grande y la segunda en un baño muy pequeño. Ha declarado que esta segunda vez ella estaba de espaldas a él, con los brazos apoyados en el urinario y él la penetró vaginalmente desde esta posición, pero que en un momento dado su pene se desplazó y pudo impactar contra la zona anal de ella, momento en el que Marisol se quejó y él inmediatamente se detuvo. Ha señalado que no llegó a penetrarla analmente, pero que dado que tenía un piercing en el glande es posible que al rozar la zona anal le hiciera daño. Indica que a continuación abandonó el baño, que se acordó de su novia y se arrepintió de lo que estaba haciendo. Después como ya era tarde salió de la discoteca y vio allí a agentes de la policía local, sin darle ninguna importancia, puesto que creyó que su presencia allí era ajena a él. Al día siguiente le llamaron para que acudiera a la policía local a declarar y lo hizo voluntariamente. Ha señalado que en ningún momento forzó ni agarró por los brazos a Marisol.

Ante la existencia de estas versiones contradictorias de los hechos, procede examinar detenidamente cada una de ellas, en relación con el resto de las pruebas practicadas a fin de determinar la mayor verosimilitud de una u otra.

En este sentido y comenzando por el estado que presentada la propia denunciante, ella ha señalado en el acto del juicio, que estuvo como en coma, que no recuerda prácticamente nada desde que salió del bar EL NORTE hasta que apareció en los baños de la discoteca MITIKA, y que aunque esa noche si había bebido chupitos y copas está acostumbrada y no se suele encontrar como ese día. Sin embargo ha depuesto el empleado de seguridad de la discoteca Romeo quien ha señalado que vio a Marisol esa noche en la discoteca, ya que a las cinco de la mañana la sacó de un baño cuando estaba dentro con un varón que llevaba una camiseta amarilla. Respecto del estado de Marisol indica que si bien estaba bastante "tomada" la vio bailando y cree que se lo estaba pasando bien. En el mismo sentido ha declarado el camarero Eladio que trabaja en la barra Vip, situada junto a los baños, y vio a Marisol salir de allí en compañía de un varón, sin apreciar que estuviera en mal estado.

Por otro lado, si bien la denunciante parece recordar nítidamente lo que ocurrió en el interior del baño cuando estaba con Teodosio, no recuerda lo que paso al salir. En este sentido no recordaba estar discutiendo a gritos con una chica negra que estaba allí y que éste fuera el motivo por el que jefe de seguridad del local, Faustino, accedió al interior y al escuchar un comentario racista le invitó a salir y le acompañó hasta la calle. Éste señala que fue una vez fuera cuando ella comenzó a decirle que le habían forzado sexualmente por lo que decidió dar aviso a una patrulla de la policía local que pasaba por el lugar. Refiere el empleado de seguridad, en contra de lo manifestado por Marisol, que ella le dijo que el autor había sido un tal Inocencio, pero que él luego



se retiró y lo dejó en manos de la policía. Señala que una vez que Marisol estuvo fuera del local fue cuando comenzó a llorar.

Tanto Faustino como Romeo han señalado que solían hacer rondas por la zona de los baños cada diez o quince minutos y que en ningún momento escucharon gritos y que de haberse producido los habrían oído ya que esa zona está aislada del resto de la discoteca y en ese lugar no hay ruido. Y han declarado además que en el caso de haber escuchado gritos o llanto se hubieran acercado hasta el interior de los baños, que es lo que hizo Romeo cuando accedió al baño en el que estaba Marisol con un varón no identificado, sobre las cinco y media de la mañana.

Por otro lado en cuanto a la forma en que supuestamente ocurrieron los hechos en el interior del baño, existen así mismo algunas discrepancias entre la declaración de Marisol y de Teodosio .

Respecto al modo en que se desarrolló la supuesta agresión sexual ella ha declarado que tenía las manos apoyadas contra la pared y él se las agarró para inmovilizarla y de esta forma tras penetrarla vaginalmente, prosiguió con la penetración anal. No obstante, las huellas dactilares extraídas de la pared del baño, tras su examen lofoscópico no son coincidentes ni con las de Marisol ni con las de Teodosio . Tampoco los leves hematomas que presenta en los brazos y el arañazo en el cuello son compatibles con la forma en que refirió que la sujetó Teodosio .

En cuanto al estado en el que se encontraba Marisol, ella ha referido que estaba como en shock, que no recuerda prácticamente nada, y que en todo caso únicamente consumió alcohol y no drogas. No obstante, el examen toxicológico practicado arroja un resultado positivo en cocaína, MDMA, alcohol, y otras sustancias de uso terapéutico. Tal y como señalaron los peritos en el acto del juicio la combinación de estas sustancias puede producir diferentes efectos en una persona dado que por un lado había tomado medicamentos sedantes y por otro lado productos estimulantes como la cocaína.

Tampoco los testigos que han depuesto y la vieron en la discoteca han referido que estuviera en estado de coma, ni de shock. Entiende este tribunal que dado el dispositivo de seguridad que había en la discoteca, en el caso que Marisol hubiera estado en tal mal estado, como ella refiere, la hubieran sacado al exterior con anterioridad a los hechos, ya que según ella misma ha señalado, ocurrieron prácticamente a la hora de cierre del local, donde había estado más de dos horas.

Consta también la declaración de los agentes de la policía local que acudieron al lugar y se entrevistaron con Marisol . Han señalado que ésta sólo les decía que le habían forzado analmente y que le dolía mucho. En contra también de lo manifestado por Marisol, han referido que inicialmente les indicó que el autor era un tal Inocencio y que por ello accedieron con ella a la discoteca para buscarle pero que una vez fuera les dijo que era otra persona y volvieron a bajar, sin que le encontraran. Los agentes sí han referido que cuando llegaron al lugar se encontraron con Marisol acompañada de un varón, que inicialmente no fue identificado y que cuando pretendían hacerlo había abandonado el lugar, por lo que se desconoce su filiación.

El informe forense objetiva un hematoma y una fisura en la zona anal. Según ha manifestado la forense Daniela, en la ratificación efectuada en el acto del juicio, esta lesión puede ser compatible o no con una penetración anal. La forense ha declarado que se trató de explorar internamente a la denunciante, pero no se pudo hacer dado que a Marisol le resultaba muy doloroso. También ha declarado que la lesión es compatible con un impacto cierta intensidad, ya que era aguda y además data reciente. Considera además posible que la lesión es compatible con el impacto del pene con el piercing que portaba el acusado en la referida zona.

Un segundo informe forense objetiva unos leves hematomas en los brazos y un arañazo en el cuello. En cuanto a estas lesiones debe destacarse que no se apreciaron en la primera exploración ginecológica y forense en el que se hace constar que el estado general es normal. Ella tampoco parece referir estos hechos a los facultativos que le atendieron sino que es al día siguiente, cuando acude a comisaría a interponer la denuncia, cuando los propios agentes se los ven y le recomiendan que acuda al médico. En este sentido ha declarado el agente de la policía local NUM002 . Recepto a la no observancia de estas lesiones el día de los hechos, la forense ha señalado que cada persona presenta una evolución diferente de los hematomas y por ello es posible que el primer día no fueran visibles.

El análisis biológico determina la presencia de restos de ADN y semen de dos varones en la zona vaginal y entrepierna de Marisol . Uno de estos restos corresponde Teodosio . Sin embargo, en las muestras recogidas en la zona anal no aparece ADN de ninguna persona ajena a la propia Marisol .

Se ha presenciado en el acto del juicio la grabación de las cámaras de seguridad del centro comercial donde se encuentra la discoteca en las que se ve salir por la puerta principal a un persona que portaba la misma ropa que llevaba Teodosio el día de autos, dado que así aparece identificado en los fotogramas unidos al atestado en el momento de acceder al local. Estos datos, a tenor de lo manifestado por la defensa contradicen



lo manifestado por los agentes de policía que señalaron que creen que Teodosio abandonó el lugar por la puerta trasera y adviera la versión de Teodosio en el sentido de que abandonó el lugar por la puerta principal. No obstante, dado que en las grabaciones aportadas no puede distinguirse nítidamente a Teodosio, sino únicamente una persona vestida de forma similar, esta prueba carece de relevancia alguna.

Por último, tenemos a la declaración de la psicóloga de ZUTITU. Ha declarado que vio a Marisol durante siete sesiones, pero que no llegó a acabar el tratamiento dado que lo abandonó sin dar explicaciones. Considera que este comportamiento suele ser normal en víctimas de agresión sexual que no quieren revivir los hechos acaecidos. Esta misma explicación es la que ha proporcionado Marisol. No obstante la psicóloga ha declarado que entiende que Marisol ha sido víctima de una agresión sexual por los síntomas que presentaba y porque además estaban corroborados por datos objetivos. Para valorar su situación le hizo varios test y si bien la puntuación alcanzada no llegaba al nivel exigido para la acreditación de stress postraumático, si llega a la conclusión de que tenía bastantes indicadores de ello, así como de depresión y ansiedad.

TERCERO.-JUICIO DE SUBSUNCIÓN

El principio in dubio pro reo debe entenderse como distinto y auxiliar del de presunción de inocencia, por cuanto mientras ésta constituye una garantía objetiva del proceso, el segundo es de naturaleza eminentemente subjetiva, y significa la obligación del juez de absolver cuando duda sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (*Sentencias del Tribunal Constitucional 44/89 de 20 de febrero, 138/92 de 13 de octubre 63/93 de 1 de marzo, 133/94 de 9 de mayo, 259/94 de 3 de octubre, 16/00 de 31 de enero, 209/03 de 1 de diciembre, 61/05 de 14 de marzo, 137/05 de 23 de mayo y 116/06 de 24 de abril*).

Como consecuencia de lo dicho, resulta obviamente inaplicable en los casos en que el órgano judicial no expresa ninguna duda sobre su convicción probatoria, sin que la parte ostente un derecho a la duda predicable del órgano judicial, que pueda invocar en su beneficio *Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1996 y 18 de octubre de 2004 y sentencia del Tribunal Constitucional 116/06 de 24 de abril*).

Sin embargo, la jurisprudencia le ha reconocido un valor normativo, que conlleva su necesaria aplicación en los casos en que el juzgador expresa que no tiene seguridad en conciencia respecto de los hechos probados (*Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1993, 20 de diciembre de 1994, 1 de julio, 21 de noviembre y 1 de diciembre de 1995, 23 de octubre de 1996, 12 de julio y 12 de diciembre de 1997, 6 de mayo y 12 de junio de 1998, 13 de febrero, 2 de marzo y 26 de mayo de 1999, 27 y 31 de enero, 4 de febrero, 4 de abril y 26 de septiembre de 2000, 22 de febrero y 22 de marzo de 2001, 7 de octubre de 2002, 16 de mayo y 21 de julio de 2003, 20 de diciembre de 2004, 8 de julio y 24 de octubre de 2005, 19 de enero, 13 de junio, 29 de noviembre y 1 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007*).

En orden a determinar si existió o no el delito de agresión sexual -violación-, como hemos dicho recientemente en la sentencia nº 27/19 (RPO 3/18) " *debe recordarse que el legislador sanciona la conducta del que mantiene acceso carnal de naturaleza sexual con otra persona, sea de uno u otro sexo, mediante violencia o intimidación, tanto si es por vía vaginal, bucal como anal. Bajo la denominación jurídica de violación que contenía el Código anterior a la LO 10/95, se recoge en dicha norma el más grave de los ataques posibles contra la libertad sexual del ser humano, ya que el autor ejecuta el acto de naturaleza eminentemente íntima en contra de la voluntad del destinatario/a de su acción, vulnerando con ello el derecho inalienable de autodeterminación en este ámbito, lo que afecta no solo a su integridad psicofísica sino también a su dignidad.*

De ahí, que la pena privativa de libertad prevista por el legislador sea grave, conforme a la escala del art. 33 CP, y que la jurisprudencia haya matizado reiteradamente que la preexistencia de relación sentimental o amistosa previa entre autor y víctima en absoluto impide la punición de la conducta ejecutada sin aquiescencia de la destinataria, que continúa precisamente por ello siendo antijurídica aun cuando con anterioridad ambos hubieran mantenido relaciones sexuales consentidas.

Una vez más, vaya por delante que el Tribunal parte del más absoluto y sincero rechazo a todo acto sexual no consentido, incluso en aquellos casos en que el agresor no es un sujeto desconocido para la víctima sino alguien con quien ha mantenido una relación de pareja, pues ello no justificaría en absoluto la conducta ofensiva ulterior si efectivamente esta se hubiera desarrollado tal y como sostienen las acusaciones."

En este caso, las acusaciones sostienen que sobre las siete y media de la mañana Teodosio se introdujo junto con Marisol, accediendo ésta al lugar de forma no forzada, en uno de los baños de la discoteca MITIKA, encontrándose Marisol en un evidente estado de embriaguez. Una vez dentro del baño el acusado mantuvo con Marisol relaciones sexuales consentidas por vía vaginal, si bien en un momento dado, Teodosio le agarró los brazos de ella fuertemente, a la vez que el aprisionaba contra la pared del baño e impedía que se moviera, para a continuación y sin consentimiento de Marisol penetrarla con el pene por vía anal. A pesar de



la resistencia de Marisol y de haber exteriorizado su negativa a mantener relaciones sexuales Teodosio la penetró analmente hasta en cuatro ocasiones.

Para llegar a un un pronunciamiento condenatorio en el supuesto de un delito contra la libertad sexual en los que de ordinario se cuenta únicamente con el testimonio de la víctima habida cuenta la clandestinidad en la que suelen ocurrir estos hechos, el Tribunal debe operar con las cautelas que la jurisprudencia exige en este tipo de testimonios que exigen la concurrencia de unos criterios a los que debe someterse la valoración del testimonio de la víctima para verificar los controles de credibilidad como son según refiere entre otras muchas la Sentencia del TS. De fecha 16 de Mayo de 2.003 (Rec 1198/2.002):

A) *"Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes: a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (en el caso de menores), y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades, como el alcoholismo o la drogadicción. b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad".*

B) *"Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos".*

C) *"Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones".*

Debe recordarse en todo caso que no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba sino de criterios o parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable."

En cuanto a la ausencia de incredibilidad subjetiva, en principio, y como hemos venido sosteniendo, no hay ningún dato que induzca a desconfiar del testimonio de Marisol , pues no se aprecian ni motivos de resentimiento o ánimo de venganza ni tampoco móviles espurios. Denunciante y denunciado han manifestado que se conocían desde hace unos meses ya que ella frecuentaba el bar en él que el trabajaba y solían coincidir en otros locales. Sin embargo, ninguno de ellos ha manifestado enemistad hacia el otro. Tampoco se ha alegado ni se aprecia por el Tribunal ninguna merma de capacidad en Marisol .

Sobre la persistencia en la incriminación, en este caso debe señalarse estamos ante un testimonio que tal y como se ha analizado en el fundamento jurídico anterior no presente una sólida persistencia.

Así, la propia Marisol , en el momento en que fue localizada por el vigilante de seguridad en el interior del baño de la discoteca, no le refirió a éste que había sufrido una agresión si no que fue una vez en el exterior cuando comenzó a llorar y le dijo que le habían penetrado analmente.

A los agentes de policía que acudieron al lugar a requerimiento del encargado seguridad del local, les manifestó inicialmente que el agresor era un tal Inocencio y a fin de localizarle volvieron a entrar en la discoteca. Una vez fuera les proporcionó el nombre del acusado, pero cuando volvieron a entrar en el local ya no le localizaron.

Cuando Marisol acedó al centro hospitalario, se negó a ser reconocida y pidió a los agentes de la policía que le llevaran a su domicilio, volviendo por la tarde a fin de que le practicaran la exploración ginecológica. En este momento no hizo tampoco ninguna referencia a los hematomas que, al parecer presentaba en los brazo ni el arañazo en el cuello y estas lesiones no se recogieron en los informes médicos.

Al acudir al día siguiente a la comisaría de policía es cuando estos hematomas y arañazos fueron vistos por uno de los agentes que tomó fotos y le recomendó que acudiera a un centro médico.

En cuanto a su declaración policial y en fase de instrucción y la prestada en el acto del juicio se aprecian así mismo contradicciones, Así, en las dos primeras manifestó que se produjo en primer lugar una penetración vaginal con consentimiento y posteriormente una anal a la que ella manifestó su oposición . Sin embargo, en el acto del juicio ha incidido reiteradamente que estaba en estado de shock, que estaba como inconsciente , y que él comenzó a penetrarla vaginalmente y luego analmente y que ella comenzó a chillar para que parara , que le penetró cinco o seis veces , que duró unos siete u ocho minutos y que el luego abandonó el baño corriendo y la dejó allí sola. En esta declaración no ha llegado a concretar ni siquiera si hubo consentimiento en cuanto a la penetración vaginal, a diferencia de lo manifestado durante la instrucción.



En tercer lugar es preciso examinar la credibilidad objetiva de la declaración de la víctima o verosimilitud del testimonio, que debe analizarse desde la perspectiva de la lógica de la declaración (coherencia interna) y del suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa).

Es decir, la declaración de la víctima ha de ser coherente en sí misma, no contrariar las reglas de la lógica o de la experiencia, lo que exige valorar si su versión incluye o no aspectos insólitos o extravagantes, o si es objetivamente inverosímil por su propio contenido; y, por otro lado, coherencia externa, es decir, apoyada por corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos (como el presente) que no dejen huellas o vestigios materiales de su perpetración.

Pues bien, creemos que no existe esa coherencia interna/externa en el testimonio de la víctima que coadyuve de manera definitiva para convencer con absoluta seguridad sobre la culpabilidad del procesado:

1.- No hay en este caso testigos presenciales en el momento de los hechos. Ninguna persona ajena a las partes, vio ni oyó lo que allí pasó, a pesar de que estaban en un baño público, en el interior de una discoteca con mucha afluencia de personas (tal y como se puede apreciar en las grabaciones aportadas del momento del cierre de la discoteca) y pese a que los porteros hacían rondas por el lugar cada diez o quince minutos. Y por ello resulta sorprendente que no oyeran los gritos que supuestamente expresó Marisol cuando se encontraba el interior del baño con Teodosio, cuando, sin embargo, un rato antes sí habían intervenido para expulsar de un baño a Marisol que se hallaba en su interior en compañía de otro varón, y que en ese momento se encontraba con los pantalones bajados. Y posteriormente volvieron a intervenir, tras el encuentro de Marisol y Teodosio, ante la discusión mantenida entre la denunciante y otra usuaria del servicio. Cabe además destacar que la denunciante no recuerda este último incidente, pese a que ocurrió inmediatamente después de la presunta agresión y que ha sido nítidamente relatado por el encargado de seguridad de la discoteca, señalando que fue éste el motivo por el que decidió invitar a Marisol a salir del local y le acompañó al exterior.

Todos estos datos han sido ratificados por las declaraciones testificales de los vigilantes de seguridad que han depuesto en el plenario, tal y como se han recogido en el fundamento jurídico primero, describiendo como se ha analizado anteriormente un escenario que, según máximas de experiencia, resultaría incompatible con una situación de shock o inconsciencia como la descrita por la denunciante.

Consta así mismo el informe genético (folios 221 a 229) que constata la existencia de restos biológicos de al menos dos varones diferentes en la zona vaginal y en la braga que llevaba Marisol en el momento de los hechos. Este dato da verosimilitud a la declaración de los porteros del local y del camarero de la zona vip, cuando han señalado que encontraron a Marisol en el interior de otro baño con un varón que no era Teodosio. Este hecho tampoco lo recuerda por Marisol, lo que nos lleva a dudar de la coherencia de su testimonio, en cuanto a la supuesta agresión referida. Sorprende que Marisol recuerde claramente cómo fue la supuesta penetración anal, pero no recuerde los hechos acaecidos anterior y posteriormente en el mismo lugar.

En todo caso, resulta ciertamente inverosímil la declaración de Marisol, en el sentido de que no ingirió drogas, habida cuenta de la presencia en su organismo y la dificultad que presenta, por su modo habitual de consumo, haberlas tomado de forma accidental o involuntaria.

En este caso, la víctima presenta una lesión en la zona anal, leves hematomas en brazos y un arañazo en el cuello. Ahora bien estos datos objetivos no permiten por sí solos inferir que las lesiones se hayan producido en relación de causalidad por la acción de Teodosio. En este sentido la forense que ha depuesto en el acto del juicio ha señalado que la erosión en la zona anal puede derivarse o no de una penetración anal y que en todo caso no se había efectuado una exploración interna para verificar este extremo, debido al dolor que refería Marisol. Esta declaración pericial, unida al hecho de que la exploración ginecológica no se produjo en el momento inicial cuando fue trasladada, tras la supuesta agresión por los agentes al centro hospitalario, sino por la tarde, y que además esa misma noche Marisol, pudo haber tenido relaciones sexuales con otro varón, como parece deducirse de la declaración de los testigos y del informe biológico, permiten dudar respecto al modo de causación de la lesión. Y en ningún caso existe prueba suficiente que permita acreditar que esa lesión fue causada por la conducta del acusado. Éste negó en su declaración que hubiera penetrado analmente a Marisol, señalando que dada, la postura en que ambos se encontraban manteniendo relaciones sexuales por vía vaginal y en una de las embestidas su pene alcanzó la zona anal de la denunciante, pudiéndole causar dolor por el piercing que llevaba en el prepucio, pero que ante la manifestación de Marisol a fin de que se parara lo hizo inmediatamente. Esta versión es compatible, con la declaración de la forense en el acto del juicio en el sentido de que la fisura y el hematoma que Marisol presentaba en la zona anal era compatible con un impacto de cierta intensidad.



Por otro lado, el informe biológico no halla restos de ADN de una persona ajena a Marisol en la zona anal, lo que no concuerda con la declaración de Marisol que ha referido en el acto del juicio que se produjeron cinco o seis penetraciones anales (cuatro, en su denuncia), por lo que de ser cierto debería haber también restos biológicos en esta zona.

En todo caso, pese a la virulencia de la acción que describe Marisol, ella misma ha señalado que no sangró en ningún momento y no había restos de ello en su ropa interior ni en el pantalón ni calzoncillo del acusado.

En cuanto a los hematomas de los brazos, si bien es cierto que tal y como ha señalado la forense cada persona evoluciona de una forma en cuanto a los moratones y a unas personas les aparecen en un momento y a otras en otro, lo cierto es que la relación de causalidad con los hechos denunciados está muy debilitada. El informe forense de fecha 20 de febrero de 2017 establece en cuanto a la exploración general "no se objetivan lesiones en la exploración realizada en la superficie corporal". Por tanto, no se aprecian en la primera exploración practicada en el hospital, no recuerda cómo se pudo producir el arañazo en el cuello y ni siquiera sabe si el acusado le sujetó o agarró por esta zona. Además existe contradicción entre lo señalado por el acusado en cuanto a la posición que tenían en el baño y a la dificultad de poder llegar a agarrarla por los brazos en ese lugar, dado su reducido tamaño. Por otro lado, dado que Marisol estaba bastante influenciada por el consumo de alcohol y drogas no puede descartarse que se hubiera golpeado en algún lugar sin que lo recuerde, como parece no recordar parte de lo que ocurrió a lo largo de la noche.

Tampoco la declaración de la psicóloga que ha depuesto en el acto del juicio permite dar mayor credibilidad a la declaración de Marisol frente a la del acusado. En este sentido el análisis toxicológico acredita que en el momento de los hechos Marisol había consumido lorazepam y nordiazepam, en dosis terapéuticas. Estos medicamentos pertenecen a la familia de las benzodiazepinas y son fármacos sedantes, relajantes que se utilizan principalmente para el tratamiento de trastornos derivados de la ansiedad y la depresión. El informe forense de 20 de febrero de 2017 recoge como antecedentes médicos de Marisol "seguimiento psicológico en Centro de Salud de Salburúa en el pasado y tratamiento psicofarmacológico actual con Lorazepam / 24 horas". Es decir, Marisol ya estaba tomando esta medicación con anterioridad a los hechos, lo que acredita que ya antes del suceso denunciado se encontraba con algún trastorno ansioso o depresivo para el que recibía tratamiento. Por ello los síntomas que se apreciaron por la psicóloga que depuso en el acto del juicio pueden deberse a causas previas y ajenas al suceso denunciado. En el mismo sentido, cabe señalar que a pesar de la contundencia de la declaración de la psicóloga, lo cierto es que ha manifestado que Marisol no alcanzaba en los test practicados los resultados necesarios para considerar que estaba sufriendo estrés postraumático, si bien tenía indicadores, que además, los considera ratificados por la existencia de una lesión. No obstante, entendemos que estas consideraciones exceden del campo de actuación de la profesional deponente, que debería limitarse al examen de los rasgos psicológicos de la denunciante, sin llegar a inferencias por otros elementos externos, que son precisamente objeto de valoración en el proceso judicial. Lo cierto es que este informe por las razones expuestas no acredita fehacientemente que Marisol tuviera padecimientos psíquicos derivados de los hechos denunciados, al existir ya un tratamiento previo.

Por otro lado Marisol no hizo referencia a un escenario violento e intimidatorio. En su relato señala que entró voluntariamente al baño, simplemente agarrada por el brazo de Teodosio, sin que éste le arrastrara, empujara o compeliere a acceder a su interior. Una vez dentro del recinto tampoco refiere agresión o amenaza alguna. Así respecto a las lesiones que presentaba en el cuello, ha declarado en el acto del juicio que desconoce cómo se las pudo causar, ya que no recuerda que Teodosio le agarrara por el cuello. En todo caso, se trata de lesiones muy leves, que se han podido producir a lo largo de la noche o en otros momentos previos o posteriores y la lesión en la zona anal es compatible con la versión del acusado.

Por último, no está de más recordar en este punto que el tipo penal del artículo 179 del Código en relación con el art. 178, analizado en clave de seguridad jurídica, exige siempre que concurra una violencia física o psíquica objetivables, ya que no podemos hablar de agresión sexual violenta o intimidatoria si las circunstancias que rodean el caso nos permiten inferir que la sensibilidad o percepción personal de la víctima era tal que -a partir de un determinado momento- pudo considerarse subjetivamente forzada o intimidada, y por tanto, viciado su consentimiento, aun cuando la situación objetiva realmente acontecida no revestía dichos elementos violentos o intimidatorios. No se trata en modo alguno de exigir a la víctima una resistencia heroica, pero sí es imprescindible que la destinataria del acto sexual haga explícita su oposición de algún modo fácilmente comprensible para el autor del hecho, pues en caso contrario este pudiera llegar a ignorar la antijuridicidad y reproche de su conducta, al creer erróneamente que no existe una real falta de consentimiento sino una aquiescencia más o menos tácita e implícita (lo que nos acercaría a un error de tipo del art. 14 CP).

En este caso, no ha quedado acreditado que concurriera ningún tipo de violencia física o psíquica por parte de Teodosio, sino que en el momento en que Marisol manifestó su oposición a unas relaciones sexuales hasta



ese momento consentidas ,el acusado, al tener conocimiento de la negativa de Marisol , detuvo su práctica , abandonando el lugar donde se encontraban.

La acusación particular modificó el escrito de conclusiones en el acto del juicio en el sentido de añadir a los delitos por los que se dirigía la acusación el subtipo agravado previsto y penado en el art. 180-1-3º. Este precepto establece que " las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias " y concretamente el apartado " 3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.". No obstante, este subtipo no puede apreciarse de forma autónoma, sino que es preciso que se produzca un acto sexual violento o intimidatorio y que además concurren las referidas circunstancias en la víctima. En este caso, no ha quedado acreditada el primer presupuesto por lo que no procede el análisis de esta agravación.

Por ello este Tribunal no puede asegurar que el acto sexual ocurrió como dicen las acusaciones, ya que existe una duda razonable. Es posible la alternativa planteada por la acusación , esto es, hubo consentimiento inicial por parte de Marisol para las relaciones sexuales vaginales y después , cuando se iniciaron las anales ,el permiso cesó y, a pesar de ello, el procesado siguió en su empeño contra la voluntad de aquélla, pero no se ha acreditado de modo fehaciente. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico cuando el Tribunal tenga, cuando menos, serias dudas acerca de la veracidad de los hechos por los que se acusa en el sentido de que estos realmente ocurrieran como se relatan por la denunciante, ante ello y por aplicación del principio "in dubio pro reo" resulta obligada la absolución.

QUINTO.- RESPONSABILIDAD CIVIL

Que procediendo el dictado de una sentencia absolutoria, queda excluida la responsabilidad civil solicitada, no procede el análisis de las circunstancias atenuantes alegadas.

SEXTO.- COSTAS

Las costas procesales deben declararse de oficio, de acuerdo con el art. 240 de la LECRIM .

Vistos, además de los citados, los preceptos legales pertinentes del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a D. Teodosio del delito de agresión sexual por el que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndolas saber que no es firme y que contra la misma se podrá interponer recurso de Apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de del País Vasco , en el plazo de diez días siguientes al de su notificación, conforme a lo dispuesto en los arts. 846 ter , 790 , 791 y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

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