



Roj: **SAP Z 2031/2019 - ECLI: ES:APZ:2019:2031**

Id Cendoj: **50297370062019100441**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **6**

Fecha: **14/11/2019**

Nº de Recurso: **52/2018**

Nº de Resolución: **433/2019**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **FRANCISCO JOSE PICAZO BLASCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 000433/2019**

Ilmos/a. Sres/a.

Presidente

D. CARLOS LASALA ALBASINI

Magistrado/a

D. FRANCISCO JOSE PICAZO BLASCO (Ponente)

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> VICTORIA LOPEZ ASIN

En Zaragoza, a 14 de noviembre del 2019.

La **Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza** constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan ha visto en juicio oral y público el presente Sumario nº 1/18, Rollo nº 52-18 procedente del Juzgado de Instrucción nº Once de Zaragoza por un delito de agresión sexual en grado de tentativa y un delito de abusos sexuales. Son procesados Humberto con DNI nº NUM000, nacido en Jipijapa Manabí, Ecuador, el NUM001 de 1966, hijo de Joaquín y Elvira, con domicilio en la CALLE000 nº NUM002 NUM003 NUM004., parcialmente solvente, representado por el *Procurador Sr. Gaspar Capapé* y defendido por la *letrada Sra. Berdun*, y Luis con NIE NUM005 nacido en Babahoyo, Ecuador, el día NUM006 de 1980, hijo de Maximino y Guadalupe, con domicilio en la CALLE001 NUM007, NUM003 NUM008 de Zaragoza, insolvente, con antecedentes penales, representado por el *Procurador Sr. Corbinos Cuartero* y defendido por el *letrado Sr. Urcola Ruiz*. Habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE PICAZO BLASCO quien expresó el parecer del Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Zaragoza se instruyó el presente Sumario en el que resultaron procesadas las personas reseñadas en el encabezamiento.

**SEGUNDO .-** Elevado el Sumario a esta Audiencia Provincial se formó el oportuno **Rollo de Sala con el núm. 52/2018** y tras los trámites procesales pertinentes se decretó la apertura del juicio oral contra los procesados y evacuado el trámite de calificación por todas las partes se señaló la vista oral que ha tenido lugar el día 12 de noviembre de 2019.

**TERCERO. -** El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales calificó los hechos como legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual de los arts. 181-1, 2 y 4 y 192 C. Penal y de un delito de agresión sexual en grado de tentativa de los arts. 179, 16, 62 y 192 C. Penal, respondiendo del delito de abuso sexual Humberto y del delito de agresión sexual en grado de tentativa Luis, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Procede imponer a Luis la pena de tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y en aplicación del art. 192 C. Penal la medida de libertad vigilada por el tiempo de 6 años, y a Humberto por



el delito de abuso sexual la pena de 7 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y en aplicación del art. 192 C. Penal la medida de libertad vigilada por tiempo de 6 años, abono de costas procesales y al amparo de los arts. 57 y 48 C. Penal la prohibición de acercarse a menos de 200 metros de Zaira , de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en el que se encuentre o de comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de 6 años.

La pena de prisión impuesta a Luis deberá ser sustituida conforme al art. 89 C.P. por su expulsión del territorio nacional por tiempo de seis años en atención a la pena interesada para el mismo. De acuerdo con la Disposición adicional decimoséptima, en su párrafo segundo, de la L.O. 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, en caso de que se dicte sentencia condenatoria y se acuerde la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión, el Fiscal interesa se proceda al cumplimiento inmediato de la pena privativa de libertad en un establecimiento penitenciario en tanto se ejecuten los trámites de la expulsión, que deberá hacerse efectiva en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los 30 días siguientes.

En el supuesto de que dictada sentencia en que se acuerde la expulsión el penado no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta se interesa conforme al art. 89-6 C. Penal el ingreso del penado en un centro de internamiento a los efectos de asegurar la expulsión y en tanto se ejecuten los tramites de la expulsión, que deberá hacerse efectiva en el plazo más breve posible y en todo caso dentro de los sesenta días máximos que prevé el art. 62.2 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, debiendo cesar el internamiento una vez finalizado dicho plazo de sesenta días.

En caso de no acordarse la sustitución del art. 89 C.P. en cumplimiento de la D.A. Decimoséptima de la L.O. 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/85 de 1 de julio del Poder judicial, al concurrir una infracción de las normas de Extranjería por ser el acusado residente ilegal, una vez finalizado dicho procedimiento comuníquese su finalización a la Autoridad Gubernativa. En caso de dictarse sentencia condenatoria y si se trata de un delito cuya pena en abstracto supera el año de prisión, comuníquese la condena impuesta a la Autoridad Gubernativa correspondiente.

Los acusados deberán ser condenados a indemnizar conjunta y solidariamente a Zaira en la cantidad de 3.000 €. por daños morales con los intereses legales pertinentes.

En trámite de definitivas modificó sus conclusiones provisionales en el solo aspecto de interesar la prohibición de acercamiento afectante a Humberto durante ocho años.

**CUARTO** .- Las defensas de los acusados mostraron su disconformidad solicitando su absolución.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO** .- Sobre las 6,00 h., del día 1 de noviembre de 2017 Zaira de 29 años de edad, tras haber discutido con su novio Alejandro en el establecimiento Dubai sito en la calle Rioja de Zaragoza en el que había consumido alcohol, contactó con los acusados Luis y Humberto a los que conocía de vista por ser compatriotas suyos y a quienes contó lo sucedido, decidiendo trasladarse los tres en taxi al domicilio de Humberto sito en el nº NUM002 NUM003 NUM004 de la CALLE000 .

**SEGUNDO** .- Una vez en el citado domicilio y tras ingerir acusados y denunciante varios botellines de cerveza, Zaira y Humberto se acostaron en la cama del dormitorio ocupado por Humberto , ya que el otro dormitorio estaba ocupado por Dionisio . En el curso de la estancia en el dormitorio Zaira propinó un arañazo a Luis en la cara. Asimismo y sobre las 9,30 h. acusados y denunciante mantuvieron una conversación revestida de cierta vehemencia, pero sin que se elevara demasiado el tono de voz.

**TERCERO**.- A eso de las 10.00 h. se personó en el domicilio Estibaliz , novia de Humberto , a quien Dionisio abrió la puerta, dirigiéndose directamente al dormitorio de aquel y encontrándose en su interior, sentados en la cama, a Humberto , Luis y Zaira . Todos ellos se encontraban completamente vestidos y afectados por las ingesta de alcohol. Asimismo Luis presentaba marcas de arañazos en la cara. Tras mantener una conversación con Humberto Estibaliz abandonó el domicilio. Tras ella lo hicieron conjuntamente ambos acusados y Zaira quien se dirigió directamente a la Comisaría de Delicias de esta ciudad desde la que, siguiendo el protocolo, fue trasladada al Hospital Materno Infantil del Hospital Miguel Servet quien comunicó los hechos al Juzgado de Guardia, donde fue reconocida por el Médico Forense desplazado a tal efecto y en cuya exploración se apreciaron restos de coito recientes. Desde allí la denunciante fue trasladada a la Jefatura Superior de Policía de Aragón donde a las 12,00 h. formuló la correspondiente denuncia.

**CUARTO** .- Pocas horas antes la denunciante Zaira había mantenido relaciones sexuales completas con Alejandro .



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Los hechos que se declaran probados no son merecedores del reproche penal dirigido por el Ministerio Fiscal contra los acusados Luis y Humberto por un delito de agresión sexual en grado de tentativa y un delito de abusos sexuales.

En cuanto al delito de abusos sexuales de los arts. 181-1, 2 y 4 y 192 C. Penal, la duda razonable planteada a la Sala comienza por la acreditación de si realmente hubo contacto sexual con penetración entre Humberto y Zaira , esto es, si se dio el subtipo agravado que contempla el nº 4 del art. 181 que resulta objeto de acusación por el Ministerio Fiscal y que este último consideró acreditado partiendo para ello de las manifestaciones testificales de la propia víctima, prueba esencial de cargo que en sí misma resultaría suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia pero que, además, aparece corroborada por las manifestaciones testificales de Estibaliz quien vio a los acusados y a la denunciante en la habitación, por la presencia del preservativo usado y por la toallita con componentes genéticos de Humberto . Pues bien; sin entrar a analizar la cuestión relativa a si verdaderamente se produjo una total pérdida de conciencia en la persona de la víctima, pues ello no solo daría lugar a una versión alternativa de los hechos probados sino que, además, la Sala considera que dicha pérdida tuvo efectivamente lugar partiendo para ello de las propias manifestaciones de la denunciante efectuadas en el sentido de que desde que entró en el vehículo que la trasladó junto con los acusados al domicilio de Humberto hasta que se despertó aperciéndose de que lo tenía encima penetrándola había sufrido una pérdida absoluta de conciencia y no se acordaba de nada, surgen relevantes puntos de duda que ponen en entredicho y cuestionan el ajuste a la realidad del escrito de calificación. Así y en primer término, llama la atención del Tribunal el hecho de que tras haber sido penetrada encontrándose privada de razón, al percatarse de ello permaneciera Zaira en la habitación por espacio de unas horas junto con los acusados, sin que exista constancia -de hecho el escrito de acusación no hace referencia alguna a ello- de que hubiera sido retenida por los acusados o por cualquier otra circunstancia que le hubiera impedido abandonar el domicilio, permaneciendo en el mismo hasta que la novia de Humberto tras acceder a la habitación donde acusados y denunciante se hallaban sentados en la cama completamente vestidos, abandonó la casa, saliendo los demás detrás de aquélla.

Pero la duda verdaderamente relevante surge como consecuencias del resultado de las pruebas de ADN practicadas en determinadas piezas de convicción y, sobre todo, en el preservativo encontrado en la estancia y del que se predica que había sido usado por el acusado Humberto , cuestión que fue objeto de aclaración en la ratificación realizada por video conferencia del informe de ADN obrante en la causa. De esta forma, de la misma manera que tal informe obrante a los folios 325 y ss. de las actuaciones resultó concluyente a la hora de revelar que el perfil genético autosómico de Alejandro era idéntico para los marcadores genéticos al analizados al obtenido a partir de los espermatozoides del lavado vaginal lo que acredita que la denunciante había practicado el acto sexual sin preservativo pocas horas antes con el indicado Alejandro , no lo fue tanto a la hora de sentar la certeza de la penetración como elemento típico del abuso cualificado, atribuida al acusado Humberto . Así, los primeros resultados analíticos aplicados sobre la parte exterior del preservativo revelaron la ausencia de resultados concluyentes que permitieran la individualización de ningún perfil genético con valor identificativos, pero, sin embargo, aplicando el "kit" pero con cromosoma Y tal y como fue objeto de aclaración por los peritos autores del informe, se obtuvo el alotipo del cromosoma Y coincidente solamente con el de Humberto , a través de restos celulares, conteniendo el interior del preservativo restos celulares de ambos. Ello conduce a la lógica conclusión que de haberse producido penetración la parte exterior del preservativo contendría restos celulares de Zaira y Humberto y no solo de Humberto , argumento relevante hecho valer por la defensa en su informe y que, cuanto menos, cuestiona seriamente la existencia de penetración tal y como sostuvo el acusado. Por ello procede un pronunciamiento absolutorio respecto del acusado Humberto en aplicación del principio jurídico penal "in dubio ro reo".

**SEGUNDO** .- Similar suerte absolutoria ha de afectar al coacusado Luis respecto del delito de agresión sexual en grado de tentativa previsto y penado por los arts. 179, 16, 62 y 192 C. Penal del que igualmente resulta acusado. Como explicitó su letrado en su informe oral, pocos o ningún argumento proporcionó el Ministerio Fiscal para justificar dicha acusación. En primer término, debemos señalar que la ausencia de motivación en tal sentido viene en sí misma justificada por el hecho de no haber quedado acreditada la existencia de contacto sexual entre la denunciante y el acusado Humberto , o dicho de otra forma, que tal acusación pudiera revestir de algún sentido si ejercitada la acción típica por Humberto , el otro acusado se hubiera propuesto hacer lo propio, lo que explicaría que intentara retener a Zaira para satisfacer sus instintos lúbricos, pero no en el otro caso. Pero es que, además, llama igualmente la atención de la Sala que tal y como se decía, la víctima permaneciera en la habitación por espacio de cuatro horas y que abandonara el domicilio en compañía de los dos acusados siendo que, además, en sede sumarial manifestó (vease f. 131) que..." Luis intentó coger a la declarante del brazo" y no que realmente la cogiera tal y como declaró en sede plenaria. Todo ello cuestiona la autenticidad de los así manifestado, sin perjuicio de que efectivamente Zaira propinara un arañazo en la



cara de Luis por la causa que fuera tal y como quedó constatado tanto a través de las manifestaciones de la novia de Humberto como del resultado de la prueba pericial de ADN que detectó células de Humberto en las uñas de Zaira . De ahí que tal y como sucede con el otro acusado, exista una insuficiencia probatoria de cargo avalada por la permanencia de todas estas personas durante un largo plazo de tiempo en el dormitorio de Humberto , la ausencia de gritos, lamentos o llamadas de auxilio tal y como manifestó el testigo Sr. Dionisio o, incluso, por el patente estado de embriaguez de la víctima que pudo desconectarla de la percepción de la realidad cuando manifestó que al despertar se apercibió de cómo la estaban penetrando. Todo ello que hace prevalecer el principio de presunción de inocencia sobre la base de un "in dubio pro reo".

**TERCERO.** - Las costas procesales son declaradas de oficio ex. arts. 109 C. Penal y 239 y 240 L.E.Cr.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general aplicación

### FALLAMOS

**DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Humberto del delito de abusos sexuales y a Luis del delito de agresión sexual de los que son acusados por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas causadas.

Se acuerda la **LIBERTAD** de Luis , por esta causa, expidiéndose el correspondiente mandamiento.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes. Contra esta sentencia cabe recurso de Apelación a resolver por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de Civil y Penal, recurso que deberá formalizarse mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de los diez días siguientes a aquél en que se les hubiere notificado la sentencia, y todo ello de acuerdo con el artículo 845. Ter de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

E/-

La Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> VICTORIA LOPEZ ASIN, estuvo presente en la deliberación y voto en Sala pero no firma por encontrarse de permiso.