

Roj: **SAP Z 715/2019 - ECLI: ES:APZ:2019:715**Id Cendoj: **50297370062019100177**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Zaragoza**Sección: **6**Fecha: **06/05/2019**Nº de Recurso: **84/2017**Nº de Resolución: **163/2019**Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**Ponente: **FRANCISCO JOSE PICAZO BLASCO**Tipo de Resolución: **Sentencia****SENTENCIA Nº 000163/2019**

Ilmos. Sres.

Presidente

D. CARLOS LASALA ALBASINI

Magistrados

D. FRANCISCO JOSE PICAZO BLASCO (Ponente)

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

En Zaragoza, a 06 de mayo 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 la presente causa Sumario n.º 3-17 Rollo n.º 84-17 procedente del Juzgado de Instrucción n.º cinco de Zaragoza por delito contra la libertad sexual. Resulta procesado Jeronimo nacido en Jinotega, Nicaragua, el día NUM000 de 1995, con NIE NUM001, hijo de Mariano y Valle, domiciliado en la CALLE000 n.º NUM002, NUM003 de Zaragoza, sin antecedentes penales, insolvente, representado por la *Procuradora Gracia Romero* y defendido por la *letrado Sra. Monclús Alquezar*. Es acusación particular **María Inmaculada** representada por el *Procurador Sr. Berdun Monter* y defendida por el *letrado Sr. Oses Zapata*. Habiendo sido parte el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JOSE PICAZO BLASCO quien expresó el parecer del Tribunal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Por el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Zaragoza se instruyó el presente Sumario en el que resultó procesada la persona reseñada en el encabezamiento.

**SEGUNDO.** - Elevado el Sumario a esta Audiencia Provincial se formó el oportuno **Rollo de Sala con el núm. 84/2017** y tras los trámites procesales pertinentes se decretó la apertura del juicio oral contra el procesado y evacuado el trámite de calificación por todas las partes se señaló la vista oral que ha tenido lugar el día 29 de abril de 2019.

**TERCERO.** - El MINISTERIO FISCAL en sus conclusiones provisionales calificó los hechos como legalmente constitutivos de un delito de agresión sexual del art. 181-1, 2, 3 y 4 y 5 C. penal respondiendo como autor el procesado **Jeronimo** ex. arts. 27 y 28 C. penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para quien interesó fuera condenado a la pena de 9 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial y prohibición de aproximación a la víctima a menos de 200 metros y durante cinco años así como la medida de libertad vigilada por siete años que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.

En trámite de informe modificó las conclusiones provisionales en el siguiente sentido:



1ª.- Se mantiene.

2ª.- Los hechos son constitutivos de un delito contra la libertad sexual ex. arts. 181.1 , 2 y 4 C. penal .

3ª.- Se mantiene.

4ª.- Se mantiene.

5ª.- La pena a imponer será la de siete años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y la prohibición de comunicación con la víctima durante ocho años manteniéndose la medida de libertad vigilada en la forma ya interesada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, y costas, añadiéndose que dada la condición de extranjero del acusado y la pena solicitada, en aplicación de lo dispuesto ex. art. 89 C. penal , procederá la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español en la forma que se determine en ejecución de sentencia.

**CUARTO** .- La Acusación Particular en sus conclusiones provisionales calificó los hechos como legalmente constitutivos de un delito de agresión sexual del art. 181-1 , 2 , 3 y 4 y 5 C. penal respondiendo como autor el procesado **Jerónimo** ex. arts. 27 y 28 C. penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para quien interesó fuera condenado a la pena de 9 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial y prohibición de aproximación a la víctima a menos de 200 metros y por cinco años, así como la medida de libertad vigilada por siete años que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, interesando asimismo En conclusiones definitiva se adhirió íntegramente a las modificaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal

**QUINTO** .- La defensa mostró su disconformidad solicitando la absolución de su patrocinado.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO** .- En la noche del 7 al 8 de de noviembre de 2017 el procesado Jerónimo , de 22 años de edad , hizo acto de presencia en el establecimiento de hostelería denominado "ENCUENTRO LATINO" sito en la calle Lozano Monzón 9-10 de Zaragoza propiedad de Ariadna , entablando contacto con la joven María Inmaculada a quien conocía de vista y trabando conversación. En el curso de la misma ambos jóvenes consumieron una botella y media de ron en unos diez chupitos cada uno que María Inmaculada mezcló, además, con cerveza, de tal forma que conforme transcurría la noche iba experimentando una progresiva merma de sus facultades sus facultades que culminó en la pérdida absoluta de conciencia.

**SEGUNDO** .- Así las cosas, sobre las 3,30 h del día 8 de noviembre ambos jóvenes salieron del local para introducirse en un local contiguo en estado de abandono en el que el procesado tras desvestirse parcialmente se situó sobre la denunciante penetrándola vaginalmente. En tal actitud resultaron sorprendidos por Ariadna que compartía piso con María Inmaculada y con su hijo Evelio que a su vez era o había sido el compañero sentimental de María Inmaculada , quien alertada por la tardanza de la joven salió en su busca hallando a ambos jóvenes copulando, obteniendo con su teléfono móvil una fotografía de ambos para mostrársela a María Inmaculada cuando alcanzara la consciencia con la intención de reprocharle su conducta, ya que no era la primera vez que ésta consumía grandes cantidades de alcohol.

**TERCERO** .- La presencia de Ariadna hizo que el procesado abandonara el lugar, haciéndose cargo Ariadna de la joven a quien con gran esfuerzo, arrastrándola y a empujones dado su estado de semiinconsciencia, consiguió trasladarla a su casa. En la cocina de la misma María Inmaculada comenzó a recuperar la conciencia..." acordándose de su mamá " siendo acostada por Ariadna .

**CUARTO** .- Al despertar al día siguiente María Inmaculada notó como le dolía el cuerpo, estaba manchada de sangre procedente de su propia menstruación y se había orinado. Cuando Ariadna le mostró la fotografía quedó horrorizada.

**QUINTO** .- A consecuencia de la ingesta de alcohol el procesado resultó con sus facultades afectadas si bien no consta que su conciencia y voluntad estuvieran anuladas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito contra la libertad sexual del art. 181 1 , 2 y 4 C. Penal . Sus requisitos típicos, la descripción del subtipo agravado y la respuesta penológica a ellos aparejada vienen perfilados así:



1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.
2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.
4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

Trasladando lo anterior al caso que nos ocupa concurren todos y cada uno de los citados elementos. Tal y como se desprende del "Factum" la denunciante fue penetrada por vía vaginal cuando su conciencia y voluntad se hallaban anuladas por la excesiva ingesta de alcohol, descartando ello toda posibilidad de prestación de consentimiento, colmándose de esta forma el citado injusto penal.

**SEGUNDO** .- De los expresados hechos responde en concepto de autor **Jerónimo** ex. arts. 27 y 28 C. Penal . La actividad probatoria de cargo practicada en el plenario pivota básicamente en la determinación o probanza de si la víctima otorgó o no su libre consentimiento para la realización del acto sexual, siendo dicho consentimiento lo que determina que un acto sexual realizado con carácter libidinoso sea delito o no lo sea. Este elemento, calificado como básico en este tipo delictivo, es en muchas ocasiones de muy difícil probanza y para ello, el tribunal o el juez cuentan con el principio de inmediación, piedra angular del proceso penal en la fase de enjuiciamiento. Como seguidamente desarrollaremos, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical siempre que se practiquen conforme a las prescripciones legales, siendo suficientes por sí mismas para desvirtuar la presunción de inocencia, pero cuando es la única prueba se impone una cuidada y ponderada valoración de la misma por el Tribunal de instancia y para ello se han fijado determinadas pautas (falta de ánimo de venganza por hechos o circunstancias anteriores, verosimilitud basada en circunstancias periféricas o persistencia y ausencia de contradicciones relevantes en la declaración). Estas pautas en ningún caso constituyen requisitos o condiciones objetivas para la validez de la prueba testifical, sino criterios o referencias que debe tener en cuenta el Tribunal para la valoración racional del testimonio de la víctima ( Sentencias del Tribunal Supremo 1301/2006 y 1207/2006 ). Por todo ello, los tribunales pueden valorar las circunstancias anteriores, coetáneas o, incluso, posteriores al acto en sí que es objeto de enjuiciamiento, por ejemplo que el agresor haya manifestado anteriormente su deseo de realizar esos actos que se enjuician y la víctima se haya negado, o la exhibición de material pornográfico; que el autor de los hechos haya realizado manifestaciones de arrepentimiento posteriores al acto; o, incluso, el lugar o entorno donde se ha realizado el acto sexual, el cual puede ser determinante para dar mayor validez a una versión que a la contraria.

Pues bien, trasladando lo anterior al supuesto objeto de enjuiciamiento debemos comenzar por la valoración que ha merecido a esta Sala el testimonio de la víctima percibido en todo momento bajo el imperio de la inmediación, quien confeccionó un relato estructurado, claro y preciso de todo lo acontecido desde el momento en que trabó contacto con el procesado en el local "Encuentro Latino" , el vacío de memoria, conciencia y voluntad producto de la ingesta de alcohol, hasta las sensaciones experimentadas al despertar del día siguiente, y así, tal y como se desprende del factum bebieron chupitos de ron, unos diez, llegando hasta la segunda botella mientras el procesado le hablaba de su hija y de su vida, surgiendo a continuación un paréntesis de ausencia absoluta de memoria que acaba cuando recuerda que se encontraba en la cocina de su casa... "llamando a su mamá" y que al despertar al día siguiente se había orinado, estaba con el pelo sucio, el cuerpo dolorido y manchado de sangre procedente de su propia menstruación, así como que se horrorizó al contemplar la fotografía que Ariadna le había sacado con su teléfono móvil cuando el procesado la poseía. De otro lado, hemos de reconducir tal relato al valor probatorio de las declaraciones de los testigos que a su vez resultan víctimas del hecho, respecto del que la Sala Segunda del T.S. ha marcado un copioso cuerpo de doctrina sobre la base de la STC. 173/90 de 12 de diciembre por la que "las declaraciones de la víctima o perjudicado por el ilícito tienen valor de prueba testifical siempre que esas declaraciones se lleven a cabo con las debidas garantías" , añadiendo la STS<sup>2ª</sup> de 27 de mayo de 1.988 que las declaraciones acusatorias de un único testigo, aún cuando éste haya sido la víctima del hecho, pueden constituir prueba siempre y cuando no aparezcan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o que provoquen en el tribunal de instancia una duda que impida su convicción. Por su parte, las SSTS<sup>2ª</sup> de 9 de septiembre de 1.992 , 26 de mayo de 1.993 y 12 de hábil de 1.995 consagran la declaración de la víctima para enervar la presunción de inocencia siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: a).- Ausencia de incredulidad subjetiva que pudiera derivarse de las relaciones acusado-víctima y que pudiera conducir a la deducción de existencia de un móvil de



resentimiento o enemistad que privase a su testimonio de aptitud para generar la certidumbre que la convicción judicial demanda; b).-El requisito de la verosimilitud, de tal suerte que el testimonio pueda estar corroborado por determinados datos objetivos que le doten de aptitud probatoria; c).- Persistencia en la incriminación, que ha de ser prologada en el tiempo, plural y sin ambigüedades ni contradicciones.

Al hilo de lo anterior y frente a las alegaciones de la defensa, es relevante reseñar la concurrencia en el caso que nos ocupa de todos y cada uno de los anteriores requisitos: la víctima no albergaba ningún motivo de resentimiento o enemistad con el procesado a quien tan apenas conocía de vista, fue persistente en la incriminación y, además, su testimonio fue suficientemente verosímil ya que: a).- Resultó corroborado por las manifestaciones de la propietaria del establecimiento donde estuvieron consumiendo alcohol, D<sup>a</sup> Ariadna , quien a su vez residía junto con la víctima y el hijo de aquélla, Evelio en el mismo domicilio, quien en un prolijo y detallado relato verbalizó como la denunciante consumió ron y cerveza en grandes cantidades..." *como una loca , dos botellas, cervezas y de todo* ", prosiguiendo en el sentido de que tras fotografiarles a ambos desnudos la vistió y la llevó a casa, que estaba borracha de tal manera que la tuvo que llevar a arrastras y a empujones mientras ella balbuceaba, insistiendo a preguntas de la defensa que María Inmaculada se descontrolaba cuando bebía y que siempre hacía lo mismo, y justificando el hecho de haberla fotografiado copulando en que eso le serviría de escarmiento; b).- El visionado del vídeo -paradójicamente propuesto como prueba por la defensa- evidencia como cuando María Inmaculada y el procesado salen del local, él primero y ella después, esta última daba muestras de una cierta inestabilidad deambulatoria, dato éste corroborante de la abundante ingesta del alcohol producida; c).- El propio acusado admitió en su declaración en el plenario que..." *Estaban los dos borrachos pero que se mantenían de pié* ".

De lo anterior se deduce con meridiana claridad que a la víctima le fue imposible prestar su libre consentimiento para la realización del acto sexual al tener sus facultades anuladas o fuertemente mermadas por el consumo abusivo de alcohol, siendo dicho consentimiento, lo que determina que un acto sexual realizado con carácter libidinoso sea delito o no. Asimismo, es elemento corroborante de esta ausencia de consentimiento la acreditada circunstancia de que la víctima se encontraba menstruando, tal y como se deduce de sus propias declaraciones, de los restos hallados en la inspección ocular y de las manchas de sangre que sirvieron como muestra para la elaboración de la prueba de ADN.

Las anteriores conclusiones no resultan desvirtuadas ni enervadas por la resultancia de la actividad probatoria de descargo, ya que: a).- El testimonio de Evelio , hijo de Ariadna , no aporta dato relevante alguno, ya que tratándose de la persona que mantenía o había mantenido una relación sentimental con la víctima -aunque inexplicablemente lo negó al testificar- se limitó a manifestar haber recibido mensajes intimidantes provenientes del entorno del acusado, lo que en todo caso puede reforzar la idea de que este último abrigara una mala conciencia por su acción; b).-El testimonio de la Sra. Valle , madre del procesado, solo pone de relieve su disgusto por el hecho de que Ariadna hubiera obtenido el expresado vídeo, pero nada más; c).- En cuanto a lo manifestado por el testigo Sr. Mauricio en el sentido de que " Ariadna no quería que su hijo estuviera con la denunciante" emitiendo una opinión personal en el sentido de que si alguien presencia una violación lo normal es llamar a la Policía pero no obtener su grabación, ello parece poner de relieve la adopción de una línea de defensa por la que se trataría de cuestionar tanto el testimonio como la actuación de Ariadna , madre de Evelio . Sin embargo, entiende la Sala que si el móvil realmente perseguido por Ariadna hubiera consistido en alejar a su hijo de la denunciante, hubiera bastado con la exhibición de las imágenes de aquélla copulando con otro hombre de forma natural; es más, el hecho de haber manifestado clarísimamente que la denunciante se hallara absolutamente perturbada por el consumo de alcohol es algo que podría llegar a exculpar en el terreno de la ética todo reproche en torno a tal conducta al encontrarse anulado su consentimiento.

En cuanto a las restantes testificales de descargo, su valor resulta poco creíble en lo relativo al estado en que la víctima se encontraba al tratarse todos los testigos de amigos del procesado, si bien sí pueden tener relevancia a la hora de minorar la responsabilidad penal del acusado como pasaremos a exponer en el siguiente fundamento de derecho.

En cuanto al tipo agravado previsto en el nº 4 del art. 181 C. pena, esto es, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, y que en este concreto caso consiste en el acceso carnal por vía vaginal, su acreditación resulta absolutamente incuestionable. Aun en el improbable caso de que pudiera surgir algún resquicio de duda del resultado de las pruebas de ADN pese a la evidencia de que en las bragas de la víctima se hallaron muestras del perfil genético del acusado tal y como tuvo ocasión de manifestar uno de los peritos pertenecientes a la Comisaría General de Policía Científica autores del informe de fecha 2 de febrero de 2018 cuya conclusión cuarta ( f. 156) resulta determinante, así como del hallazgo de manchas de sangre en la parte central de la espalda de la camisa y en la zona perineal del pantalón del varón, hecho plenamente justificable ya que la víctima se encontraba menstruando, es el propio procesado quien ya desde el primer momento reconoció el



hecho de haber mantenido una relación sexual completa con la denunciante (ver dec. sumarial de fecha 15 de noviembre de 2017 ff. 64 y 65) sin haberse desdicho en ningún momento ni en el acto del juicio oral.

**TERCERO** .- Concurren la circunstancia atenuante de la responsabilidad penal eximente incompleta 20-2º en relación con la 21-1ª C. Penal. El artículo 20.2 del Código Penal establece la eximente incompleta cuando el acusado se encuentre en un estado de intoxicación etílica plena, y para el caso de que esta intoxicación no sea plena pero se declare acreditado que se daba una fuerte intoxicación etílica es de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1 del Código Penal siempre que la intoxicación no se hubiera buscado con el propósito de delinquir y no se hubiese previsto o debido prever su comisión.

En el presente caso resulta de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1 C. Penal al resultar probado que el procesado al tiempo de los hechos sufría una importante intoxicación etílica que aún sin llegar a ser plena mermaba sus capacidades intelectivas y volitivas. En tal sentido la Sala ha de tomar en consideración lo manifestado por los testigos de descargo Sr. Jose Carlos cuando expresó que..." *Él estaba más tomado*" y Sr. Carlos Daniel cuando dijo que..." *Vió al chico muy mareado...* " así como lo manifestado por la propia víctima cuando expresó que..." *bebieron como unos diez chupitos, hasta la segunda botella* " y por la testigo de cargo Sra. Ariadna quien desde su situación privilegiada al encontrarse al frente de la barra de su negocio manifestó que..." *Bebieron juntos* ".

**CUARTO** .- Toda persona criminalmente responsable de delito o falta lo es también civilmente. En tal sentido y con arreglo a los criterios de discrecionalidad que asisten a los jueces y Tribunales procede determinar la indemnización a percibir por la perjudicada María Inmaculada en concepto de daños morales en la suma de 6.000 €.

**QUINTO** .- Las costas procesales son impuestas por Ministerio de la Ley a todo criminalmente responsable de delito o falta ex. art. 123 C. Penal .

**SEXTO** .- Ex. art. 66-1-1ª y 68 C. Penal por el que en los casos previstos en la circunstancia 1ª del art. 21 los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del art. 66 C. penal , y teniendo en cuenta la concurrencia de una circunstancia atenuante, se determina la extensión de la pena a imponer al procesado Jeronimo en la de DOS AÑOS DE PRISION que es la resultante de aplicar la pena de cuatro años de prisión como consecuencia de poder determinarla en la extensión que el Tribunal estime conveniente, en su mitad inferior por la concurrencia de tal circunstancia atenuante.

**SEPTIMO** .- Asimismo, procede la imposición de la pena interesada ex. arts. 57 y 48 CP . de prohibición de acercamiento a la víctima así como de acercarse a su domicilio o lugares de trabajo, así como cualquier medio de comunicación, por tiempo de ocho años.

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

## FALLAMOS

**DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a Jeronimo como autor responsable de un delito contra la libertad sexual previsto y penado por el art. 181, 1 , 2 y 4 C. Penal del que resulta acusado y con la concurrencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad penal de eximente incompleta ex. art. 20-2º en relación con la 21-1ª C. Penal , a la pena de **DOS AÑOS DE PRISION** con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como a la pena de prohibición de acercamiento a la víctima en cualquier lugar donde se encuentre, de acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella o de establecer cualquier medio de comunicación durante OCHO AÑOS, abono de costas procesales, así como a que por vía de responsabilidad civil indemnice a María Inmaculada en la suma de **SEIS MIL EUROS (6.000 €.)** que deberá incrementarse en los intereses del art. 576 L.E.Civ .

En cuanto a la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional se decidirá en periodo de ejecución de Sentencia.

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/-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ