



Roj: **SAP L 920/2018 - ECLI: ES:APL:2018:920**

Id Cendoj: **25120370012018100413**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2018**

Nº de Recurso: **3/2018**

Nº de Resolución: **424/2018**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **MERCE JUAN AGUSTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA.**

### **- SECCIÓN PRIMERA -**

#### **Sumario3/2018**

SUMARIO 1/2017

JUZGADO INSTRUCCIÓN 1 VIELHA

#### **SENTENCIA NUM. 424/2018**

**Ilmos. Sres.**

**Presidente:**

**Francisco Segura Sancho**

**Magistrados:**

**Mercè Juan Agustín**

**María Lucía Jiménez Márquez**

En Lleida, a veinte de noviembre de dos mil dieciocho.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por los señores indicados al margen, ha visto en juicio oral las diligencias previas 168/2017, Sumario número 1/2017, instruido por el Juzgado Instrucción 1 Vielha, por delito Abuso sexual con acceso carnal, en el que son acusados Nazario con NIE nº NUM000 , nacido en Santa Cruz (Bolivia) el día NUM002 /1990; hijo de Pio y de María Luisa , con domicilio en Vielha e Mijaran (Lleida), AVENIDA000 , NUM001 , NUM003 NUM004 , detenido el día 17/08/17, en prisión provisional por auto de fecha 18/08/17, actualmente interno en el Centro Penitenciario de Ponent de esta Ciudad, de ignorada solvencia, representado por el Procurador D. JORDI DAURA RAMON y defendido por el Letrado D. AGUSTIN MARTINEZ BECERRA, y **Cristobal** , con DNI nº NUM005 , nacido en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) el día NUM006 /1995; hijo de Eliseo y Purificacion , con domicilio en Vielha e Mijaran (Lleida), AVENIDA000 , NUM001 , NUM003 NUM004 , detenido el día 17/08/17 y en prisión provisional por auto de fecha 18/08/17, actualmente interno en el Centro Penitenciario de Ponent de esta Ciudad, de ignorada solvencia, representado por el Procurador D. JORDI DAURA RAMON y defendido por el Letrado D. AGUSTIN MARTINEZ BECERRA.

Es parte acusadora el Ministerio Fiscal y es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Mercè Juan Agustín

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO:** El Ministerio Fiscal, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales en el momento oportuno del juicio oral, entendió que los hechos constituían un delito continuado de agresión sexual previsto y penado en los art. 74, 178, 179, 180.1-2 del CP. y que son responsables en concepto de autores los procesados, de conformidad con el art. 28 del CP.



No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Solicita para cada uno de los procesados la pena de 15 años de prisión con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y se les impondrá con arreglo al art. 57.2 del Código Penal a cada uno de los procesados la pena accesoria de prohibición de acercarse a Tomasa , a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro en el que se encuentre o frecuente por un tiempo superior a 10 años al de la duración de la pena de prisión que se imponga en la sentencia, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, por si o a través de persona interpuesta por el mismo periodo.

De conformidad con el art. 192 del CP deberá imponerse a los procesados la medida de libertad vigilada durante 10 años y costas.

En concepto de responsabilidad civil, los procesados indemnizarán conjunta y solidariamente a Tomasa , en la cantidad de 25.000 euros con aplicación de los intereses legales previstos en el art. 576 de la Lec.

En el mismo trámite, la defensa de los procesados, ejercida por el letrado Sr. AGUSTIN MARTINEZ BECERRA, mostró su disconformidad con los correlativos, al no ser autores de ningún delito, no pueden existir circunstancias modificativas de la responsabilidad inexistente. Procede la absolución, con todos los pronunciamientos favorables.

## HECHOS PROBADOS

**ÚNICO:** Sobre las 23:00 horas del día 16 de agosto de 2017, Tomasa salió en compañía de su amigo Iván por la localidad de Viella, dirigiéndose hasta una gasolinera en Les donde adquirieron tres botellas de cava, tamaño benjamín, y cerveza sin alcohol, que estuvieron consumiendo en la localidad de Bossost.

Que aproximadamente a la 1:00 de la madrugada, ya del día 17 de agosto, y tras haber discutido acerca de la continuación de la relación que existía entre los dos, volvieron a Viella dejando Iván a Tomasa en el portal de su domicilio, la cual decidió ir caminando al bar GAHUS para tomar una copa, si bien, al hallarlo cerrado se dirigió al bar SAXO.

Una vez en dicho local fue al baño, encontrándose al salir con el procesado Cristobal , mayor de edad y sin antecedentes penales, al que conocía de vista y con el cual había hablado en un par de ocasiones, quien había acudido a dicho local con su tío, el también procesado Nazario , mayor de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia. Los tres estuvieron charlando animadamente llegando a intercambiarse los teléfonos, consumiendo Tomasa un cubata y decidiendo a la hora de cierre del local, aproximadamente a las 3 de la madrugada, acudir a la discoteca TROKOTRÓ. De camino a la discoteca, pararon en el domicilio de los acusados a fin de coger algo de dinero y una chaqueta para Cristobal .

Ya en la discoteca TROKOTRÓ, Tomasa consumió otro cubata y estuvo charlando con ambos procesados y bailando con Nazario . En un momento determinado Tomasa salió fuera de la discoteca en compañía de Nazario , quedando Cristobal en su interior. Una vez fuera del local Nazario besó a Tomasa correspondiéndole ésta, quien llegó a abrazarse a aquél rodeándole con sus brazos y piernas, dirigiéndose ambos hacia una rampa situada a la izquierda del local descendiendo hasta el final. Una vez allí Nazario la puso cara a la pared, justo enfrente de una ventana que allí había, bajándole los pantalones y las bragas, y guiado por un evidente ánimo libidinoso, la penetró vaginalmente y ello pese que la misma le dijo repetidamente y llorando "no" y "por favor, para" agarrándose fuertemente a los barrotes existentes en la ventana. Cuando Nazario acabó, si dirigió a Cristobal , el cual también había acudido posteriormente al lugar en el que aquéllos se encontraban, y le dijo "ahora te toca a ti".

Mientras Tomasa seguía de cara a la pared, y decía "no más, por favor", Cristobal se acercó a ella y también con ánimo de satisfacer sus instintos libidinosos, la penetró vaginalmente, para a continuación tras girarla, hacerla agachar para que le practicara una felación, lo que ella hizo hasta que vomitó. Tras ello, y estando de nuevo Tomasa cara a la pared, volvió a penetrarla vaginalmente, mientras ella le decía llorando que parara.

Tras ello Nazario le subió a Tomasa la ropa interior y los pantalones, dirigiéndose los tres hacia la rampa, mientras Tomasa seguía llorando, marchándose Cristobal corriendo al cabo de pocos metros y ofreciéndose Nazario a acompañarla a su casa e incluso quedar al día siguiente para desayunar, accediendo ella a que Nazario la acompañara hasta un puente situado enfrente del hospital.

Tomasa , ya sola, permaneció durante un corto espacio de tiempo sentada en un banco cerca del hospital al que finalmente acudió explicando lo sucedido.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS



**PRIMERO:** Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de dos delitos de abuso sexual del art. 181.1 y 4 del Código Penal, por cuanto ha quedado debidamente acreditado que los procesados Nazario y Cristobal realizaron actos de inequívoco contenido sexual en la persona de la Tomasa con acceso carnal con ella, pese a la falta de consentimiento de la misma, resultando acreditado el relato fáctico de los hechos en los términos requeridos por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con respeto de los principios constitucionales que rigen el proceso penal, atendiendo al conjunto de la prueba practicada.

Ambos acusados en el acto del plenario, negaron cualquier tipo de agresión hacia Tomasa, reconociendo que existió entre ellos contacto sexual pero que aquélla en ningún caso mostró su oposición a mantener relaciones.

Así sostuvo Nazario que se encontraron con Tomasa en el Pub Saxo, y al cerrar se dirigieron los tres hasta la discoteca Trokotró; que estuvieron bebiendo y bailando; que en un momento determinado salió con Tomasa al exterior del local y la besó correspondiéndole ella; que decidieron mantener relaciones sexuales, dirigiéndose hacia el final de una rampa existente al lado del local; que allí la puso de cara a la pared enfrente de una ventana con barrotes que había, bajándole los pantalones y penetrándola vaginalmente; que la relación fue consentida; que ella en ningún momento se negó, ni le dijo que no; que al acabar se percató de la presencia de Cristobal en el lugar; que entonces Tomasa se dirigió a este último diciéndole "ven"; que él se retiró 10 o 15 metros y no vio a Cristobal mantener relaciones sexuales con Tomasa ni a ésta pedir ayuda; que Cristobal tardó unos 15 o 20 minutos y volvió acompañado de Tomasa; que después Cristobal se fue hacia su domicilio y él acompañó a Tomasa pidiéndole volverse a ver al día siguiente.

Y en la misma línea Cristobal sostuvo que estuvieron los tres juntos de fiesta en el bar Saxo, donde se encontraron con Tomasa, y después en la discoteca Trokotró; que un momento determinado vio como su tío Nazario y Tomasa salían al exterior de la discoteca y se besaban; que él permaneció en la barra del local llegando a quedarse dormido unos 5 o 10 minutos; que después, y como Tomasa había olvidado su chaqueta allí, decidió llevársela; que se dirigió a la rampa existente al lado del local y los vio manteniendo relaciones; que al percatarse Nazario de su presencia se sorprendió y se retiró, dirigiéndose entonces Tomasa a él diciéndole "ven"; que permaneciendo ella cara a la pared, Cristobal la penetró vaginalmente, si bien, como estaban incómodos de tumbaron ambos en el suelo; que a continuación se levantaron y poniéndose ella de rodillas le hizo una felación, hasta que vomitó; que tras ello, ella se levantó y se fueron los tres del lugar subiendo la rampa; que él no salió corriendo, sino que tras unos metros se despidió de Tomasa con dos besos, y siguió andando rápido hacia su domicilio; que en ningún momento Tomasa se negó a mantener relaciones con él ni le dijo que parara; que él no la amenazó ni la intimidó de ningún modo.

Ahora bien, frente a dichas declaraciones, adquiere especial relieve la declaración prestada por la perjudicada por el delito en el acto del juicio oral, integrada con sus declaraciones efectuadas en fase de instrucción, declaración que en virtud del principio de inmediación, la Sala considera totalmente creíble, coherente, y sincera.

Al respecto, el TS viene admitiendo como prueba de cargo el testimonio de la víctima pues, si no, se llegaría a la más absoluta impunidad de innumerables ilícitos penales, sobre todo en los que afectan a la libertad o indemnidad sexual de las personas, que se suelen perpetrar de manera clandestina, secreta y encubierta. Haciéndose eco de lo anterior y trayendo a colación lo que es un uniforme reiterado criterio jurisprudencial, la Sentencia de la Sala 2ª del TS de 28 de junio de 2006, señala como notas a considerar en la declaración de la víctima los que siguen:

1º.- Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones previas acusado/víctima, que pongan de relieve la posible existencia de un móvil espurio, de resentimiento, enemistad, de venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º.- Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que doten al testimonio de aptitud probatoria, de manera que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva, ponderándose adecuadamente en los delitos que no dejan huella.

3º.- Persistencia en la incriminación: éste debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

Tales elementos, sin embargo, no han de considerarse como requisitos imprescindibles, de modo que tuvieren que concurrir todos unidos para dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. A nadie se le escapa, dice la STS de 19 de marzo de 2003, que cuando se comete un delito en la clandestinidad, lo que verdaderamente importa es la razonabilidad en la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse la sentencia condenatoria. Y todas ellas están presentes en este supuesto, sin que la víctima haya incurrido en contradicción alguna que pueda enturbiar la credibilidad de sus manifestaciones; es más su relato se ha visto



acompañado de un lenguaje gestual, de manera espontánea que apoya más si cabe la certidumbre de que los hechos se desarrollaron de la manera que la misma lo ha contado desde el primer momento.

Así Tomasa relató que la noche en que sucedieron los hechos salió con Iván , un compañero de trabajo; que fueron hasta una gasolinera en Les donde compraron unos benjamines de cava y unas cervezas sin alcohol, que estuvieron tomando en la localidad de Bossost; que sobre la 1:00 aproximadamente del día 17 de agosto de 2017 Iván la dejó en el portal de su domicilio, pero que ella decidió no subir a casa y dirigirse hasta el pub Gahus, pero el encontrarlo cerrado fue hasta el Bar Saxo; que allí se encontró con Cristobal , al que conocía del locutorio, el cual le propuso tomar algo con él y con su tío Nazario ; que ella aceptó, tomando un cubata; que al cerrar el pub Saxo, aproximadamente sobre las 3:00 de la madrugada decidieron continuar la fiesta en la discoteca Trokotró a la que se dirigieron los tres andando; que durante el trayecto, subieron hasta el domicilio de aquéllos para coger algo de dinero y una chaqueta para Cristobal ; que ya en la discoteca Trokotó tomó otro cubata y estuvo bailando con Nazario ; que en un momento determinado salió en compañía de éste fuera de local, donde estuvieron hablando y Nazario la besó correspondiéndole ella; que estuvieron un rato "enrollándose" y él la cogió en brazos "como un koala"; que ambos se dirigieron hacia la rampa existente al lado del local; que al llegar al final, Nazario la puso de cara a la pared, enfrente de una ventana que allí había, donde le desabrochó y le bajó los pantalones y las bragas, penetrándola vaginalmente; que ella lloraba y le pedía por favor que parara, pero que él no hacía caso y seguía penetrándola; que ella se agarraba fuertemente a los barrotes existentes en la ventana; que en un momento determinado se percató de la presencia de Cristobal en el lugar, sin saber de dónde había salido; que entonces Nazario se retiró y dirigiéndose a aquél le dijo "ahora tú"; que entonces Cristobal fue hacia ella, y encontrándose aún de cara a la pared, y mientras ella seguía llorando y diciendo "no más por favor", Cristobal la penetró vaginalmente; que después la giró y la hizo agacharse para que le hiciera una felación, hasta que ella, vomitó; que a continuación Cristobal la puso de nuevo cara a la pared y volvió a penetrarla vaginalmente, pese a que ella le decía que parara; que cuando acabó, Nazario se acercó a ella y le subió los pantalones y la ropa interior, diciéndole que no llorara, y ofreciéndose a acompañarla a su casa; que empezaron a subir la rampa, y Cristobal se fue corriendo, acompañándola Nazario unos metros hasta llegar cerca del hospital; que allí permaneció durante un tiempo, hasta que una señora la vio llorando y decidió entrar al hospital, donde explicó lo sucedido. Añadió y aclaró Tomasa que tenía dificultad para recordar algunos momentos de aquélla noche, debido a la ingesta del alcohol junto con la medicación que había tomado aquélla noche antes de su salir de su domicilio, en concreto, una pastilla para dormir y un ansiolítico.

Gracias a la inmediatez de la que gozó este Tribunal, la declaración de la víctima se presentó para la Sala como totalmente creíble, siendo que sus dudas o inconcreciones en momentos puntuales de su relato resultan perfectamente compatibles con un posible efecto de la mezcla de la ingesta alcohólica y ansiolíticos. Pero lo cierto es que su declaración denota una inquebrantable persistencia y ausencia de contradicciones tanto en cuanto a su negativa a mantener relaciones sexuales con los acusados, como en la imputación de los hechos a éstos. Y si bien, la propia víctima y con gran sinceridad, reconoce que en un primer momento pudo consentir el contacto con Nazario , respondiendo a sus besos, es claro que la misma también ha venido manteniendo que después se negó a mantener relaciones sexuales con él, pero que el mismo no cesó en su acción, del mismo modo que también manifestó en todo momento su negativa a mantener relaciones sexuales con Cristobal , y es que, como es evidente, y recuerda el Tribunal Supremo entre otras resoluciones, en auto de fecha 3 de abril de 2003, la libre decisión para mantener una relación sexual la mantiene la víctima hasta el último momento, por cuanto una situación inicial de no oposición por parte de la víctima puede mutarse en franca y abierta, sin que las razones que determinaron dicho cambio puedan convalidar ni justificar la acción ejercida en contra de su voluntad.

Y es que la negativa de la víctima a mantener tales contractos sexuales ha sido mantenida de manera persistente por ella a lo largo de todo el procedimiento, desde sus iniciales declaraciones efectuadas ante los agentes de los Mossos d'Esquadra que se personaron en el hospital al que la víctima acudió de manera inmediata tras la comisión de los hechos, denunciado lo sucedido. Al respecto fue claro y contundente el agente de los Mossos d'Esquadra con TIP NUM007 quien explicó que a la víctima le costaba mucho relatar lo sucedido, ofreciendo respuestas lentas e incluso con una mirada fija o perdida, sin poder determinar el agente si ello pudiera ser debido a la previa ingesta de bebidas alcohólicas o bien por la propia situación vivida; pero que en todo momento la misma fue clara y contundente al manifestar que ella no quería mantener relaciones sexuales, y que fue Nazario quien primero la penetró vaginalmente y que posteriormente lo hizo Cristobal vaginal y bucalmente, recordando éste último extremo al percatarse de que había vomitado; destacó el agente que la víctima repetía constante e incesantemente que, tras haberla penetrado Nazario , este se dirigió a Cristobal diciéndole "te toca a ti".



Y en el mismo sentido depuso en agente con TIP NUM008 , quien sostuvo que la víctima se hallaba visiblemente afectada, mostrando dificultad en relatar lo sucedido si bien, fue clara y contundente al sostener su negativa a la realización de los actos de que había sido objeto.

Por otro lado sobre la credibilidad del testimonio de la víctima se emitió informe por el Equipo Técnico de Asesoramiento a Víctimas, obrante en los folios 189 a 194 de las actuaciones, que fueron ratificados en juicio oral. En él se concluye por sus autores que, todos los indicadores tenidos en cuenta conducen a la credibilidad del relato mostrado por la víctima, sin que por la Sala se aprecie error metodológico alguno en el informe emitido por el EATAV. En el juicio oral, explicaron y detallaron la metodología seguida en el estudio realizado, aclarando que Tomasa pese a las dificultades que presenta a nivel emocional por diferentes experiencias vividas, tiene conciencia de la realidad y dispone de las capacidades intelectual y memoria necesarias para emitir un testimonio válido sobre los hechos vividos; que no apreciaron en su discurso sugestión alguna, ni intención de fabular, ni tampoco la obtención de beneficios secundarios a través de la interposición de denuncia sino, antes al contrario, a raíz del procedimiento en curso, ha sufrido un empeoramiento de su estado anímico, que han comportado incluso intentos autolíticos que han requerido, internamiento en la Unitat de Salut Mental del Hospital Santa María; sigue diciendo dicho informe que, pese al bloqueo y la angustia que muestra a la hora de describir los hechos denunciados, su relato contiene detalles y reproducción de interacciones y de conversaciones, motivo por el cual valoran que el relato debe ser considerado verosímil y creíble, resultando compatible con una situación vivida. Explicaron y aclararon los peritos en el acto del plenario que el cuestionario de personalidad concluye que la víctima posee una marcada tendencia a presentarse con más problemas emocionales y personales de los que se podrían objetivar, pero ello con una clara tendencia a efectuar una llamada de atención en busca de ayuda y apoyo, y en ningún caso como simulación. Añadieron que Tomasa era una persona vulnerable a situaciones como las denunciadas y que presentaba un importante sentimiento de culpa por su falta de respuesta defensiva a aquélla, así como por haberse expuesto a tal situación, por entender que no debería haber salido sola ni haber combinado alcohol y ansiolíticos, repitiéndoles que "yo no hice nada", "yo me lo merecía", si bien también repetía que ella lloraba y les decía que "no", aunque no supo enfrentarse a tal situación y no fue capaz de expresar su negativa de forma física. Y así también lo pudo constatar este Tribunal por cuanto la misma a lo largo de su declaración en el plenario repitió en varias ocasiones, espontáneamente, "pero no chillaba", "no intenté quitármelo de encima", "no grité" o "no pedí ayuda", pero con aún más insistencia sostuvo "yo lloraba y les decía que pararan" concluyendo que "tenían que haber parado cuando les dije que no".

Pero es que finalmente, y pese a que el procesado Nazario sostuvo en términos totalmente vagos e imprecisos que la familia de la víctima tuvo algún tipo de contencioso con familiares de él, la Sala no ha observado en la declaración de la víctima ningún móvil espurio que pudieran guiar aquélla, como deseos de venganza, económicos o cualquier otro injustificable, sino antes al contrario, y tal y como informaron el perito psicólogo y la trabajadora social en el acto del juicio oral, la incoación del presente procedimiento judicial ha supuesto para la misma un empeoramiento en su delicado estado anímico.

Por todo ello la Sala no alberga duda alguna acerca de lo manifestado por la víctima, en el sentido de que la misma fue sometida a actos de acceso carnal por parte de los coacusados Nazario y Cristobal contra su expresa voluntad.

En conclusión, todas estas circunstancias vienen a acreditar suficientemente los hechos declarados probados y permite concluir que la prueba practicada en el acto del juicio oral ha sido suficiente en orden a destruir el principio de presunción de inocencia que asistía a los acusados.

**SEGUNDO:** Como ya se ha anticipado en el Fundamento de Derecho anterior, los hechos enjuiciados son constitutivos de dos delitos de abuso sexual del art. 181.1 y 4 CP, excluyendo su calificación como agresión sexual de los arts. 178, 179 y 180.1.2ª del mismo texto punitivo, tal y como había interesado el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos, conviene comenzar señalando, que no existe vulneración alguna del principio acusatorio, pues el delito por el que resultan condenados los procesados resulta absolutamente homogéneo respecto de aquel por el que han sido objeto de acusación, y los hechos anteriormente descritos como probados, respetan sustancialmente, con ligeros matices que sólo afectan a la calificación jurídica, la parte del relato fáctico contenido en las conclusiones elevadas a definitivas por la acusación. Señala al respecto la Sentencia del TS 740/2007, de 14 de septiembre que "la condena por delito de abuso sexual a quien ha sido acusado por delito de agresión sexual no vulnera el principio acusatorio, dada la homogeneidad de ambos tipos delictivos, en cuanto se trata, como se declara en la sentencia de esta Sala de 21 de noviembre de 2000, de casos de homogeneidad descendente".

Debe recordarse que el bien jurídico protegido en los delitos tipificados en el Título VIII del Libro II del Código Penal es la libertad sexual, entendida como autodeterminación o libre disposición de la potencialidad sexual



y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual. En este sentido, respecto al delito de abusos la jurisprudencia ha establecido, como doctrina general que, frente a los ataques contra la libertad sexual caracterizados por el empleo de la violencia o la intimidación como medio comisivo para contravenir o vencer la voluntad contraria de la víctima, tipificados como "agresión sexual" del artículo 178, con el complemento que representan los subtipos agravados de los artículos 179 y 180 del Código Penal, este Texto legal contempla el supuesto de mera ausencia o falta de consentimiento libre en el artículo 181 como "abuso sexual", con tres tipologías distintas:

- A) la primera, constituida sobre la general exigencia de que no medie consentimiento;
- B) la del número 2º, que considera en todo caso como abuso no consentido el cometido sobre persona privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusa, o se cometa anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos u otras sustancias idónea el efecto (introducido por la reforma LO 5/2010 de 22 de junio); y
- C) la del núm. 3 en la que, a diferencia de las anteriores, el consentimiento existe y se presta, pero sobre la base de una voluntad formada con el vicio de origen producido por una previa situación de superioridad aprovechada por el sujeto; lo que da lugar al llamado "abuso de prevalimiento".

Cada una de las tres tipologías posibles de "abuso" sexual previstas en el artículo 181 -y diferenciadas de las de "agresión" del art. 178 y ss.- es a su vez susceptible de presentar en el desvalor de la acción, que se desarrolla a su vez en dos niveles: por un lado imponiendo penas más graves cuando el "abuso sexual" consista en acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de los dos primeras vías; y por otro lado imponiendo esas las penas en su mitad superior cuando concurrieren las circunstancias 3ª ó 4ª de las previstas en el apartado 1 del art. 180 CP.

Integrando tal falta de consentimiento de la víctima uno de los elementos esenciales del tipo, pues como nos dice la STS Sala 2ª de 18 diciembre 2000: "Lo que caracteriza por tanto el abuso sexual en cualquiera de sus tres modalidades, (...) es por un lado el elemento negativo de la ausencia de empleo por el sujeto activo de medios violentos o intimidatorios a través de los cuales, como sucede en la "agresión sexual" del art. 178 del Código Penal, se domeña o vence una voluntad contraria de la víctima, y por otro lado que ésta tampoco presta un verdadero consentimiento valorable como libre ejercicio de su libertad sexual...; en el que sólo la prestación de un consentimiento verdadero y válido a la relación sexual excluye la tipicidad.

Todo lo cual resulta de aplicación al caso por cuanto las conductas desplegadas por los acusados integran plenamente el concepto de atentado contra la libertad e indemnidad sexual, extremo sobre el que no cabe duda alguna dada la entidad y naturaleza de los hechos desplegados, llegando Nazario al acceso carnal por vía vaginal y Cristobal al acceso bucal y vaginal, y al mismo tiempo no existe un consentimiento por parte del sujeto pasivo, por cuanto, tal y como ya ha quedado expuesto en el fundamento de Derecho anterior, la víctima manifestó su negativa a mantener relaciones sexuales con los acusados, los cuales pese a ello, continuaron con su acción, y ello pese a las claras manifestaciones y súplicas de aquélla que, entre lloros, les pedía que pararan, siendo claro que, lo que hubo fue una relación sexual no consentida. Y es que al respecto estima la Sala necesario recordar que en cualquier ámbito y, más concretamente, en el de las relaciones sexuales, cuando una persona, sea hombre o mujer, expresa su negativa a ejecutar un acto concreto o a tolerar actos de otros, no es preciso nada más para exigir que esa decisión sea respetada en su integridad; no es necesario ningún acto o expresión añadidos ( STS 1503/2005 de 19 de diciembre).

Ahora bien, del propio testimonio prestado por Tomasa , no puede concluirse que las prácticas sexuales a las que fue sometida aquélla se realizaran venciendo su voluntad mediante una actuación violenta o intimidativa, que permitan calificar el atentado a su libertad sexual como un delito de agresión sexual, sino que se llevaron a cabo, en todo caso, aprovechándose los autores para abusar de ella de su carácter vulnerable lo que unido a la previa ingesta de bebidas alcohólicas y ansiolíticos, posiblemente pudo debilitar su capacidad de defensa, haciendo ya por ello innecesario acudir a actuaciones violentas o intimidativas.

Tal como recuerda ha recordado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 30 de junio de 2014, "la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta ( STS 609/2013, de 10 de julio de 2013). Pero también ha señalado la doctrina de esta Sala, (SSTS 381/97, de 25 de marzo, 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero, entre otras), que la intimidación, a los



efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado".

Ciertamente no es preciso por parte de la víctima de un ataque a su libertad sexual, el que verifique un acto de heroicidad o una oposición firme, mantenida y permanente a los designios libidinosos del sujeto activo; pero para que un ilícito de tal índole pueda ser calificado como de agresión sexual y no de abuso sexual es preciso que el autor, conocedor del no consentimiento de aquélla y de al menos una inicial oposición exteriorizada, verifique una fuerza en las personas, una violencia o intimidación objetivamente dirigida a vencer o superar tal negativa u oposición que se le efectúa. Y en el supuesto de autos es claro que la víctima no consintió, pero, repetimos la Sala no aprecia que los acusados desarrollaran intimidación o violencia alguna sobre la víctima de tal entidad como para poder objetivamente vencer la exteriorización de la voluntad opositora de aquélla. Y es que la propia víctima reconoció que no la amenazaron con causarle mal alguno, ni describió cual fue la intimidación que ejercieron los acusados a fin de doblegar su voluntad, sin que la Sala estime pueda considerarse como tal, y por sí solo, la mera presencia en el lugar de los dos procesados sin más datos, máxime teniendo en cuenta que Cristobal ni tan siquiera estaba presente cuando se inició el contacto sexual por parte de Nazario, percatándose posteriormente Tomasa de la presencia de aquél en el lugar; y tampoco el contexto considera la Sala era especialmente intimidante, ni tampoco así se ha puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal, por cuanto si bien, y como es lógico en la comisión de los delitos de la naturaleza que nos ocupan, el mismo se cometió en un lugar alejado de las miradas de la gente, el agente de los Mossos d'Esquadra con TIP NUM008 manifestó que el lugar en que se perpetraron los mismos distaba tan solo unos 50 metros de la discoteca a la que habían acudido con anterioridad. Tampoco refirió la víctima acto alguno de violencia ejercido sobre la misma, sin que el hecho de que Cristobal, después de haberla penetrado mientras se hallaba cara a la pared la girara y la empujara hacia abajo para que le practicara una felación, pueda equipararse a la violencia típica del delito de agresión sexual, integrándose en la propia mecánica de la acción. Por contra y frente a todo ello, explicó Tomasa que no gritó y que tampoco intentó quitarse de encima a sus agresores; que tenía miedo. Y es que no debe efectivamente confundirse, aunque estén estrechamente ligadas, la falta de consentimiento por la víctima, con la resistencia que muestre. Y es que si bien es cierto que la experiencia y la lógica nos muestran que cuando alguien no desea realizar una determinada acción ejerce resistencia a la misma, no es menos cierto que, no todas las personas reaccionan de la misma forma ante una misma situación. En definitiva la víctima, se encontró sin recursos para reaccionar de otro modo, quedando prácticamente paralizada, sin gritar ni resistirse, más allá, eso sí, de seguir manifestando su negativa a los actos de que estaba siendo objeto, lo que, hizo innecesario repetimos el empleo de violencia o intimidación para doblegar su voluntad.

**TERCERO:** De los hechos declarados probados aparecen como responsables, en concepto de autores Nazario y Cristobal, por su participación directa, material y voluntaria en la ejecución del hecho punible, de conformidad con los artículos 27 y 28 C.P., debiendo responder cada uno de ellos de los hechos cometidos de propia mano, esto es, de un delito de abuso sexual.

Y es que en modo alguno se ha acreditado que los coacusados actuaran de previo y común acuerdo a fin de llevar a cabo sus designios criminales, de tal modo que deban responder cada uno de ellos de la acción llevada a cabo también por el otro, ya sea a título de partícipes o cooperadores necesarios. Antes al contrario, de los printers extraídos de la cámara de seguridad de la discoteca en que los tres se hallaban en los momentos inmediatamente anteriores a la comisión de los hechos (f. 63 a 67) se deriva que efectivamente Tomasa salió del establecimiento en compañía de Nazario siendo las 3:49 de la madrugada, permaneciendo Cristobal en su interior 15 minutos más, no saliendo del local hasta las 4:07 horas. Pero es que además la Sala no advierte contribución alguna de cada uno los acusados en la acción llevada a cabo por el otro, más allá de su mera presencia en el lugar. Los concretos abusos llevados a cabo por cada uno de los procesados, aún aprovechando la situación en que se hallaba la víctima, fueron realizados de forma independiente, sin colaboración eficaz ni aportación causal alguna a la acción ejecutada por el otro, ni tan siquiera para generar un campo intimidatorio para perpetrar el delito, según ya ha quedado expuesto, por lo que no podemos considerar nos hallemos ante una pluralidad de partícipes en una misma acción, sino de pluralidad de acciones llevadas a cabo, cada una de ellas, por un solo autor.

Ello impide asimismo considerar que nos hallemos ante un delito continuado, lo cual tampoco es predicable respecto de los hechos cometidos por Cristobal, con dos penetraciones vía vaginal y bucal, siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras muchas, en la STS de 24 de octubre de 2000 que recoge: "En los delitos de agresión sexual que se cometen mediante dos o más penetraciones, realizadas por el mismo sujeto, en el mismo escenario delictivo y con proximidad temporal inmediata, podemos decir que nos encontramos ante lo que doctrina y jurisprudencialmente se considera como unidad natural de la acción, que jurídicamente viene siendo considerada como una sola agresión típica y que lleva a considerar la existencia de un solo delito".



**CUARTO:** En la ejecución del expresado delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de los acusados.

**QUINTO:** En cuanto a la individualización de las penas, el art. 181.4 CP sanciona el delito de abuso sexual con penetración con la pena de prisión de 4 a 10 años. A partir de dicho marco punitivo, y teniendo en cuenta la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la entidad de los hechos, las circunstancias en que se produjeron, la gravedad y reprobabilidad de la conducta observada por los acusados, y las circunstancias personales de la víctima y el bien jurídico afectado, la Sala estima procedente la imposición a cada uno de ellos de una pena de prisión de 4 años y 6 meses, a la que deberá agregarse la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por imperativo del artículo 56 C.P.

Asimismo es procedente imponer a ambos condenados la prohibición de aproximación en una distancia no inferior a 100 metros a Tomasa a su domicilio, y lugar en que se encuentre, y de comunicación con la misma por cualquier medio, todo ello durante el plazo de 6 años, de conformidad con lo dispuesto en artículo 57.1 del Código Penal.

Finalmente, en atención a lo dispuesto en el art.192 CP, se impone a los condenados la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años, a cumplir tras la pena privativa de libertad impuesta.

**SEXTO:** Conforme a lo previsto en el artículo 109 del Código Penal la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados, reparación que comprende la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios materiales y morales ( artículos 110 y siguientes del Código Penal). La determinación del quantum de la responsabilidad civil ha de ir encaminada a la restauración del orden jurídico económico alterado, operando sobre realidades constatadas, señalando el artículo 116 que "Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños y perjuicios".

Como ha declarado esta Sala en reiteradas ocasiones son obvias las dificultades que concurren en casos como el presente, a la hora de cuantificar económicamente el valor del daño real y los perjuicios ya causados a la víctima, siendo el daño moral un concepto difícilmente valorable desde un punto de vista económico. No obstante y como señala la STS de 14 de marzo de 1997, para cifrar la cuantía a la que debe ascender la indemnización por este concepto será preciso atender a "la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones". En atención a estos parámetros, atendiendo a la gravedad de los hechos, y al atentado que supuso al ámbito sexual de la víctima, así como la repulsa social que semejantes hechos merecen, la Sala estima que cada uno de los condenados deberá abonar a la víctima la cantidad de 7.000 euros.

Dicha cantidad devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia hasta la de su total ejecución.

**SÉPTIMO:** Conforme a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal, en concordancia con los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables del delito o falta. Por tanto, procede condenar a los acusados al pago por mitad de las costas del presente procedimiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

**CONDENAMOS** a Nazario como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse en una distancia no inferior a 100 metros a Tomasa a su domicilio, y lugar en que se encuentre, y de comunicación con la misma por cualquier medio, todo ello durante el plazo de 6 años.

Asimismo se impone al condenado la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años.

Y en vía de responsabilidad civil que indemnice a Tomasa en la cantidad de 7.000 euros, más los intereses legales correspondientes.

Todo ello con imposición al condenado de la mitad de las costas de este procedimiento.

Asimismo **CONDENAMOS** a Cristobal como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y





prohibición de aproximarse en una distancia no inferior a 100 metros a Tomasa a su domicilio, y lugar en que se encuentre, y de comunicación con la misma por cualquier medio, todo ello durante el plazo de 6 años.

Asimismo se impone al condenado la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años.

Y en vía de responsabilidad civil que indemnice a Tomasa en la cantidad de 7.000 euros, más los intereses legales correspondientes.

Todo ello con imposición al condenado de la mitad de las costas de este procedimiento.

Abónese a los condenados todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa, lo cual será aplicado al cumplimiento de la pena impuesta.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme, al haber contra ella recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya a interponer en el plazo de los diez días siguientes a la última notificación, mediante escrito suscrito por abogado y procurador.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo correspondiente, lo acordamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** El/la Magistado/a Ponente del presente Rollo ha leído y publicado la resolución anterior en audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.

La Letrada de la Adm. de Justicia