

Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla

ROLLO PROCEDIMIENTO SUMARIO 1775/19

PROCEDIMIENTO P.A. 1/18

INSTRUCCION 2 DE ALCALÁ DE GUADAIRA

S E N T E N C I A

En Sevilla a 4 de junio de 2019

MAGISTRADOS ILMOS SRES

DOÑA MERCEDES ALAYA RODRIGUEZ

DOÑA ÁNGELES SÁEZ ELEGIDO

DON ENRIQUE GARCÍA LÓPEZ-CORCHADO

ANTECEDENTES PROCESALES.

PRIMERO.- Han sido partes en este procedimiento:

- 1) El Ministerio Fiscal representado por la Ilustrísima Señora doña María Dolores Torres.

2) La acusación particular representada por el Procurador don Juan Manuel Gordillo Pérez y por la letrada doña Marta Ramírez García.

3) La defensa del acusado don Fernando O. S., representado por la Procuradora doña Inmaculada Montero Romero, asistido del letrado don Agustín de la Cruz Fernández.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178,179 y 180.1.5 del Código Penal en concurso real con un delito leve de lesiones, del que era autor el acusado, concurriendo la atenuante analógica de consumo de bebidas alcohólicas, solicitando la imposición de una pena de prisión de 12 años y seis meses, accesoria, así como la medida de libertad vigilada por un periodo de ocho años por el delito de agresión sexual, y por el delito leve de lesiones la pena de multa de un mes con cuota diaria de 10 €, sujeto a responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y a que indemnizase a doña XXX en la suma de 12.000 € por los daños morales ocasionados.

La acusación particular consideraba en su escrito de conclusiones provisionales que los hechos eran legalmente constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178,179 y 180.1.5 en concurso real con un delito de lesiones del artículo 147.1, preceptos todos ellos del Código Penal, del que era autor el acusado, concurriendo la atenuante analógica de consumo de bebidas alcohólicas y solicitando para el mismo por el delito de agresión sexual la pena de prisión de 12 años y seis meses, accesoria y 10 años para la medida de libertad vigilada, y por el delito de lesiones la pena de un año de prisión, accesoria, el abono de las costas, y que indemnizara a XXX en la suma de 40.000 € por los daños morales ocasionados.

La representación del acusado consideraba que no existía delito alguno, y que por tanto no cabía hablar de autoría, ni de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal interesando la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

TERCERO.- El juicio tuvo lugar el día 23 de mayo de 2019.

CUARTO.- En trámite de conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal, suprimiendo su solicitud del subtipo agravado del artículo 180.1.5 del mismo Código, solicitando la imposición de una pena de nueve años de prisión, manteniendo el resto de las penas por dicho delito, suprimiendo la solicitud de condena por el delito leve de lesiones, eliminando la aplicación de la atenuante citada y fijando la responsabilidad civil en 2.600 €.

La acusación particular elevó a definitiva su conclusiones y de igual modo la defensa.

QUINTO.- El acusado don Fernando O. S. se encuentra en situación de prisión provisional desde el día 2 de abril de 2018.

SEXTO.- Ha sido ponente la Ilustrísima Magistrada doña Mercedes Alaya Rodríguez.

HECHOS PROBADOS.

ÚNICO.- Probado y así se declara: que Fernando O. S., mayor de edad, nacido el 10 de marzo de 1979, con DNI XXX, con antecedentes penales no computables, vivía en el interior de una nave de una finca rústica próxima a XXX cuidando el ganado, siendo vecino de XXX, mayor de edad, quien tenía su casa al lado de dicha nave, manteniendo ambos una relación cordial. XXX hacía un tiempo que había roto con su compañero sentimental y vivía sola.

El 25 de marzo de 2018, Domingo de Ramos, Fernando O. invitó a cenar a XXX en el interior de la referida nave cuando aquella regresó de ver las procesiones de Semana Santa, aceptando la misma. Que cuando ésta entró en la nave, notó extraño a Fernando, quien no hablaba, dedicándose a terminar la

comida. Cuando llegó la hora de servir la misma, sólo le puso la cena a ella porque según decía él no tenía ganas de comer. A las 11:15 aproximadamente de la noche, cuando aquella terminó de cenar Fernando le retiró el plato y le dijo a la misma que iba a orinar. Que salió pero se quedó en el quicio de la puerta orinando y cuando volvió regresó con un palo de madera, largo, de aproximadamente metro y medio, como si fuera un palo de escoba, y cerró con llave la puerta guardándose las mismas, al tiempo que se dirigió a XXX, que todavía estaba sentada, diciéndole: “vete quitando la ropa porque llevo dos meses sin follar”. XXX enseguida le buscó la mirada, sin poder dar crédito a lo que escuchaba, y mirándole fijamente le dijo ¿En serio, Fernando?. Fernando asintió y ella le expresó su negativa, diciéndole Fernando: “¡Cómo no lo hagas te pego una estacada aquí mismo!””, al tiempo que levantó el palo contra ella y le golpeó dos veces levemente en la cabeza para hacerle ver que no mentía.

XXX resignada y presa del miedo obedeció y se quitó la ropa y él se quitó los pantalones. Fernando, con el palo en la mano, le ordenó que se tumbara en la cama y que se abriera de piernas e intentó penetrarla pero él no pudo por falta de erección. Como no lo conseguía, comenzó Fernando a lamerle los genitales a ella durante mucho rato, y luego obligó a XXX a hacerle a él una felación hasta que él quisiera diciéndole “chúpamela”. A continuación volvió a intentar penetrarla varias veces, siempre con el palo en la mano, pero nuevamente no lo conseguía, estando mucho tiempo intentándolo. Luego volvió nuevamente a lamerle los genitales a XXX, haciendo fuerza con una mano y con la otra haciéndole amagos de darle con el palo cuando ella se movía, obligándole a XXX a realizarle nuevamente una felación, y nuevamente intentó la penetración sin conseguirlo. Que le obligó a hacerle felación varias veces y múltiples veces intentó penetrarla, y la última vez que intento la penetración y no pudo Fernando empezó a llorar diciendo: “¡No me he armado y tu encima me vas a denunciar!”. XXX intentando aprovechar ese momento para que la dejara salir de allí ilesa, le dijo que no le iba a denunciar, que se tranquilizara, que le diera la llave y que ella salía, repitiéndoselo todo ello varias veces, y en una de ellas él le entregó las llaves, ella abrió y se marchó corriendo a su casa que estaba a muy pocos metros. Cuando se metió en ella miró el reloj y eran las 4,15 horas del día siguiente.

XXX formuló denuncia el día 1 de abril de 2018 por la noche, ya que los días precedentes permaneció en su domicilio intentando asimilar lo que le había ocurrido. Ese día, por la mañana, decidió salir, y se encontró una nota manuscrita de Fernando en el quicio de la puerta pidiéndole perdón porque se había portado con ella como un monstruo y pidiéndole que le permitiera demostrarle que era su amigo. Que ella la cogió y se marchó de su domicilio y

cuando regresó por la noche al percatarse que la cerradura estaba taponada con alguna sustancia y no podía abrir la puerta de su casa, presa del miedo porque creía que Fernando iba a atacarla de nuevo, salió corriendo para pedir ayuda al vigilante de seguridad de un polígono cercano, consiguiendo de esta forma llamar a la Policía quienes la acompañaron para interponer la denuncia y procedieron a la detención de aquel.

A consecuencia de estos hechos XXX fue asistida de fuerte crisis de ansiedad, con instauración de tratamiento ansiolítico, siendo diagnosticada de trastorno adaptativo con características ansiosas, quedándole como secuela reacción emocional reactiva.

Fernando O. S. fue detenido y decretada su prisión provisional en la que se mantiene desde el día 2 de abril de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- A) Análisis de la prueba

Primero. Los hechos que se han declarado probados son legalmente constitutivos de un delito de agresión sexual con introducción de miembro corporal y uso de medio peligroso .

Llegamos a dicha conclusión en virtud de la valoración en conciencia de la prueba practicada, siendo la prueba fundamental la declaración de la víctima, la cual ha sido en una primera aproximación rotunda, coherente, con exposición de múltiples detalles, ofreciendo un relato totalmente verosímil de lo sucedido la noche de autos.

Sobre dicha prueba es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que la declaración de la víctima puede ser prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, una vez que se contrasta con los datos objetivos que figuran en la causa, y ello incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo cual además es muy habitual que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, donde el agresor busca a propósito la intimidad para estar a solas con la víctima, de forma que su declaración es la principal fuente de prueba , ya que de no ser así se crearían espacios de

impunidad inaceptables. En este sentido destacan las SSTC 229/1991 de 28 de noviembre; 64/1994 de 28 de febrero; y 195/2002 de 28 de octubre. Asimismo las STS 339/2007 de 30 de abril; 187/2012 de 20 de marzo; 788/2012 de 24 octubre; 469/2013 de 5 de junio; 553/2014 de 30 de junio, 104/2018 de 1 de marzo, entre muchas otras.

En relación con la valoración de la declaración de la víctima la STS 130/2019 de 12 de marzo nos recuerda la jurisprudencia del Alto Tribunal , que establece unos criterios orientativos de valoración que son el análisis de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva, y de la persistencia en la incriminación y ello para que la sola declaración de la víctima pueda desvirtuar la presunción de inocencia.

A) Por lo que se refiere al primer parámetro, la falta de credibilidad de la víctima puede derivar de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

B) El segundo parámetro consiste en el análisis de su credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima (coherencia externa) .

C) El tercer criterio es el análisis de la persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones; en definitiva debe reunir tres requisitos: 1) ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima; 2) concreción de la declaración; 3) ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes. Y ello es así porque la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad (STS 787/2015, de 1 de diciembre y STS 29/2017, de 25 de enero) .

Así en el caso de autos doña XXX manifestó en el plenario que conoció al acusado en agosto de 2017, cuando el mismo se trasladó a vivir a la nave que

colinda con su casa; que cuando llegó el acusado , ella aún vivía con su anterior pareja aunque ya no tenían entre ambos relación sentimental, marchándose su antiguo novio en diciembre de 2017 al encontrar una vivienda. Cuando ella se quedó sola el acusado se ofreció para cualquier cosa que precisase.

Que desde febrero de 2018 el acusado le llamaba a la puerta de su casa cuando éste necesitaba algo, ya que vivía en una nave donde no tenía sanitarios, y también le pedía ayuda porque tenía que lavar ropa o cocinar algo. O simplemente se fumaban un cigarro juntos. Que en una ocasión él le dijo a ella que parecía una persona muy de su casa, y ella le contestó para dejar las cosas claras, que sin ánimo de ofenderle le gustaba otra persona y que no le interesaba, continuando normal la relación de vecindad.

La noche de autos, 25 de marzo de 2018, Domingo de Ramos, el acusado la invitó a cenar a su casa, habiéndole pedido previamente una olla para cocinar. Ella aceptó, aunque venía cansada de ver los pasos de Semana Santa, porque lo vio normal y además porque el acusado le había comentado que estaba triste porque ese año no podía salir con su Virgen. Afirmó que cuando llegó lo noto raro, que no hablaba y que se puso a terminar la comida. Que cuando la terminó él no cenó porque le dijo que no tenía ganas y le sirvió al plato a ella . A la hora aproximadamente, siendo las 11,15 horas, le retiró el plato y le dijo que iba a orinar. El acusado , según afirmó XXX se quedó en el quicio de la puerta miccionando, lo cual incomodó bastante a la misma ya que escuchaba incluso el ruido de la orina al caer. Que tras terminar el acusado entró en la nave con un palo en la mano , era de madera y largo, como si fuera de escoba y cerró con llave la puerta, encontrándose ella todavía sentada. A continuación el acusado le dijo: “vete quitando la ropa porque llevo dos meses sin follar”. Que ella no dando crédito a lo que escuchaba, le buscó enseguida la mirada y le dijo “¿En serio, Fernando?”. Al asentir el acusado ella le dijo que no y él le contestó: “Cómo no lo hagas te pego una estacada aquí mismo”, al tiempo que hizo el amago de darle con el palo, golpeándole con el mismo dos veces en la cabeza para hacerle ver que lo que decía era verdad. Que en ese momento manifestó XXX que cerró los ojos para pedir a Dios que saliera bien de allí y que no le pasaría nada y se quitó la ropa; que el acusado se quitó los pantalones y le dijo a ella que se tumbara en la cama y que abriera las piernas, obedeciendo ella; que la cama estaba en el mismo lugar, pues el espacio era diáfano. Que el acusado, manteniendo el palo en la mano, intentó penetrarla pero no lo conseguía. Entonces comenzó el acusado a lamerle los genitales a XXX durante largo rato y luego le obligó a ella a practicarle una felación, diciéndole “chúpamela”; que así tenía que estar ella hasta que él lo dijese, y nuevamente intentaba penetrarla pero él físicamente no podía, lo intentó varias veces. Nuevamente le lamía los

genitales a ella y ella tenía que practicarle una felación, seguido de un intento de penetración y así sucesivamente, sujetando en todo momento el palo con una mano y haciendo amago de darle cuando veía que ella se resistía; le llegó a hacer felaciones varias veces. Manifestó XXX que la última vez que intento la penetración y no pudo el acusado se vino abajo y empezó a llorar diciéndole “no me he armado y encima me vas a denunciar”. Y que ella para tratar de salir ilesa de dicha situación le dijo que estuviera tranquilo, que no lo iba a denunciar que le diera la llave y que ella salía, y que una de las veces en que se lo repetía, accedió el acusado a darle las llaves, ella salió, y se marchó corriendo a su casa que estaba a pocos metros, y cuando llegó miro el reloj y vio que era las 4,15 horas de la madrugada.

Manifestó también XXX, sobre los hechos posteriores a su agresión sexual, que denunció seis días más tarde, tiempo en el que permaneció en su domicilio ya que se quedó sin fuerza mental, y sólo pensaba como él podía haberle hecho eso. Ella no vio al acusado durante de esos días. Que ese día ella decidió salir de su casa y entonces en el junquillo de la puerta se encontró una nota manuscrita donde le pedía perdón, ella supo inmediatamente que era de él. Que se marchó a XXX, que estaba a 4 o 5 Km. Que cuando llegó serían las 9:30 de la noche y no podía meter la llave en la cerradura de su puerta porque alguien le había echado silicona o pegamento e inmediatamente pensó que había sido el denunciado. Cuenta XXX que en ese momento le entró pánico, porque pensó inmediatamente que era el acusado quien le había taponado la cerradura y que iba a atacarla, por lo que salió corriendo y empezó a llamar al vigilante de seguridad del Polígono cercano, C., al cual conocía y se había ofrecido por si alguna vez lo necesitaba para algo. Que le contó lo sucedido y éste le dijo que tenía que llamar a la Policía. Fue entonces cuando los agentes se personaron en el lugar, y ella fue a las dependencias policiales a denunciar.

Concurre en dicha declaración todos los criterios orientativos expuestos por la doctrina jurisprudencial para valorar la declaración de XXX como plenamente creíble por las siguientes razones:

-1) En primer lugar no existe en la relación que ambos tenían previamente móviles espurios o abyectos que pudiera enturbiar la sinceridad de su testimonio, ya que con anterioridad a los hechos tenían, según se desprende de las manifestaciones de XXX, una relación de vecindad, manifestándose en los mismos términos el acusado, no viéndose afectada dicha buena relación por los diferentes matices que uno y otro expresó en el plenario, ya que XXX, como se ha expuesto, manifestó que ayudaba al acusado por las condiciones de la nave en la que vivía éste, no tenía útiles de cocina, sanitarios etc., afirmando además que ella no precisaba ningún tipo de ayuda económica ya que trabajaba por

horas, mientras que según el acusado era él el que le ayudaba a ella, incluso económicamente, refiriendo que XXX acudía a comer a diario a su casa. También refirió el acusado que no había existido entre ambos ninguna relación sentimental, si bien al contrario de lo expresado por XXX, porque él no había querido, ya que ella se le había insinuado. En definitiva ambos confirman una relación meramente amistosa derivada de ser vecinos.

Acerca de dicha relación de vecindad, XXX manifiesta que vivía allí desde el año 2012 y que en agosto de 2017 llegó el acusado, hecho que fue corroborado por el empleador de este último J. J. R. M., el cual manifestó que estuvo el acusado cuidándole el ganado ocho meses antes de su detención. Que sobre el momento en que el acusado comienza a residir en su finca el señor M. manifestó que un día Fernando apareció por la finca y aquel le ofreció cobijo en la referida nave a cambio de que él le cuidara el ganado, que no le pagaba un sueldo y sólo de vez en cuando le hacía regalos para ayudarle.

-2) En segundo lugar la declaración de la víctima es perfectamente lógica y coherente en todas sus partes, a diferencia de la declaración del acusado que simplemente se limita a negar los hechos expresando que esa noche se vieron, porque ella acudió a su casa a cenar, que él ya había comido y que después de ese día la siguió viendo, llegando ella a pedirle en esos días hasta que formuló denuncia, café y azúcar y que como no tenía él le dio dinero para comprarlo. Dicho relato en si mismo carece de lógica, ya que no parece responder a la razón que si no ha ocurrido nada, existiendo dicha relación previa de amistad, XXX le denuncie, y menos aún si tenía según su versión tanta dependencia de él económicamente.

Acerca de la coherencia externa de la declaración de la víctima, la misma aparece corroborada por diferentes datos objetivos de carácter periférico: a) en primer término la nota manuscrita que XXX encontró en el quicio de la puerta, reconociendo el acusado que fue escrita de su puño y letra. En dicha nota el acusado le pide perdón, que le dé una última oportunidad para poder ser su amigo, para demostrarle que él quiere ser su amigo y “no un monstruo, como me he portado”.

Frente a la lógica de que dicha nota fuera puesta por el acusado tras ocurrir los hechos, este último ofrece una versión distinta sobre las razones y la fecha del referido manuscrito, la cual no responde al criterio de la racionalidad. Así manifiesta que dicha nota se la metió por debajo de la puerta a los dos días de haber tenido ella una pelea brutal con su novio y no saber nada de ella, ya que su novio creía que ya se estaba costando con él, pelea en la que XXX le pidió

que se metiera por medio y él no accedió. Que esto sucedió veinte o veinticinco días antes de la denuncia.

El negarse a meterse en una discusión de pareja, donde además su participación podría ser mucho más perjudicial, ya que el novio de XXX supuestamente creía que se estaba acostando con ella, no casa ni con escribirle una nota de perdón, pues la relación de confianza que mantenían permitía que pudiera haber explicado personalmente su razones con posterioridad, y mucho menos con llamarse asimismo “monstruo” en relación al comportamiento que había tenido con ella.

b) Constituye igualmente un dato objetivo de carácter periférico el testimonio del vigilante de seguridad, C. J. F., pues con independencia de que XXX le relatará en un solo día o en dos días distintos lo sucedido, C. declaró en el juicio que él era el vigilante de seguridad del Polígono y que ella vivía a unos 500 m y que como vivía sola le dio el teléfono por si le pasaba algo. Que una noche pasó XXX por el Polígono y le contó lo sucedido porque decía que si no reventaba: le narró que una noche de días atrás el acusado le obligó a desnudarse y a mantener relaciones sexuales. Que ante dicho relato C. le dijo que lo tenía que poner en conocimiento de la Policía. A la noche siguiente o a la posterior, la vio venir nerviosa y le dijo que le habían echado silicona en la puerta y ella pensaba que era el acusado. C. le dijo que llamase a la Policía y que denunciara y como no tenía saldo en el teléfono le dejó el suyo. La Policía llegó allí y se la llevó para que formulara la denuncia. Se trata pues de un testigo de referencia que confirmó en esencia la declaración de la víctima.

c) Corroborá asimismo la versión de la denunciante el parte de asistencia realizado a la 1,54 horas del día 2 de abril de 2018 tras haber formulado la denuncia, en virtud del fuerte estado de ansiedad que tenía; el parte de asistencia de fecha 10 de abril de 2018 por el mismo diagnóstico (folio 136), y por supuesto el trastorno adaptativo con características ansiosas que le es diagnosticado posteriormente, con prescripción de medicación ansiolítica, que según los Sres Médicos Forenses era compatible con la agresión sexual sufrida.

d) Finalmente debe destacarse el informe pericial psicológico realizado a la denunciante a los fines de determinar la veracidad del testimonio de la misma, ratificado en el acto de plenario, en el que se expone que no se han apreciado síntomas ni indicadores de trastornos del pensamiento ni desviaciones del funcionamiento intelectual en la víctima, y que narró los hechos en la entrevista con un discurso rápido y detallado, a través de un lenguaje espontáneo y expresivo, poniendo de manifiesto una alta implicación afectiva con intentos de contención y un acompañamiento mímico acorde con sus reacciones

emocionales, algunas de exaltación y otras de llanto, mostrando su relato un alto grado de coherencia dentro de su complejidad, además de la ausencia de indicios de actitud engañosa, todo lo cual apuntaba a un pronunciamiento favorable a la credibilidad del testimonio de la misma.

-3) Finalmente la declaración de la víctima ha sido persistente en su incriminación tantas veces como ha declarado, sin que haya habido contradicciones en los aspectos esenciales de la misma, habiéndose manifestado en todas las declaraciones con concreción y detalle. Así se pone de manifiesto en su denuncia inicial, en la posterior declaración judicial y en la declaración prestada en el acto de juicio, habiendo únicamente destacado la defensa del acusado como contradicción, detalles absolutamente incidentales, como que en su declaración judicial hubiera manifestado que ya había comido varias veces en casa del denunciado y en el plenario manifestara que nunca había comido antes del día de los hechos en casa del mismo, ratificándose al ser preguntada por dicha contradicción, que nunca antes había comido con él y que lo que ella dijo en dicha declaración es que había entrado en casa del acusado varias veces, pero no que hubiese comido con anterioridad con él, debiendo haber existido un error al interpretar sus palabras. Sea como fuere, en nada afecta al relato de la agresión sexual que se mantiene esencialmente en ambas declaraciones.

También destaca la defensa que la denunciante haya narrado en el acto de juicio que todo se lo contó al vigilante de seguridad en un día, el día que se encontró taponada la cerradura de la puerta, mientras que el vigilante de seguridad asegura que la narración fue en dos días distintos. Tampoco ello afecta a la narración de la agresión sexual que se mantiene incólume.

Finalmente pretende la defensa del acusado desvirtuar la veracidad del testimonio de la denunciante acudiendo a la ambigüedad de la denunciante sobre pasajes de su biografía, anterior a los hechos, destacados en la pericial psicológica, donde las peritos pusieron de manifiesto que frente a la narración rápida, detallada y espontánea sobre la agresión sexual que manifestaba la denunciante haber sufrido, mostraba cierta resistencia a abordar determinados aspectos biográficos, proporcionando en esos momentos información más ambigua y en ocasiones contradictoria. La diferencia de discurso en nada afecta a la sinceridad del testimonio de la denunciante sobre lo que aquí interesa, que es el relato de la agresión sexual, siendo plenamente justificable que doña XXX haya expresado con mayor inconcreción determinados episodios de su vida,

bien porque le incomodan o le genera sufrimiento recordarlos o bien porque considere que socialmente no le benefician.

Como ejemplo de ambigüedad expusieron las peritos a instancia de la defensa el ejemplo de cuando les relato que tuvo adicción a las drogas, que fue con motivo de una relación de pareja que inició en Granada, en la que sufrió maltrato, hasta que dos años después (febrero de 2009) volvió a Sevilla para buscar apoyo familiar y como no lo encontró ingresó en Proyecto Hombre para recuperar su equilibrio tras la relación de maltrato, expresando las peritos que la ambigüedad radica en que en dicha institución no se aborda la terapia del maltrato sino la deshabituación a las drogas. Al hilo de lo anterior aseveró la defensa que su testimonio en juicio no fue veraz, ya que negó consumir porros a la fecha de los hechos, cuando las peritos expresaron que les llegó a reconocer la denunciante el consumo de drogas. Al respecto hemos de poner de manifiesto que las peritos lo que dijeron es que había reconocido en su trayectoria vital haber consumido drogas no que a la fecha de los hechos la consumiera; no obstante hemos de afirmar que aunque dicho consumo existiera, como en los casos anteriores, ello no afectaría en absoluto a la veracidad del relato de la agresión sexual.

Asimismo hemos de poner de manifiesto que la testifical del encargado de la finca, J. R. M., amigo del acusado, propuesta por la defensa, ni sirve para acreditar que la denunciante comiera habitualmente con aquel, pues ello lo deduce únicamente por el gasto de comida que tenía este último, ni para acreditar el hecho intrascendente de que la denunciante consumiera porros, ya que lo infiere de las colillas que había en la finca. Tampoco sirve para dar por cierta, por la inconsistencia de sus manifestaciones, la versión del acusado de que al día siguiente de los supuestos hechos aquel hablara con normalidad con la denunciante, ya que al margen del sumo interés por favorecer a su amigo que reflejaba su forma de expresarse, el mismo manifestó que el acusado y la denunciante hablaron con normalidad en la Semana Santa del 2018 sin precisar fechas, y bien pudo haberlos visto en las vísperas, que también son fechas señaladas, o en el Domingo de Ramos cuando acontecieron los hechos.

Por último la defensa pretende desvirtuar el testimonio de la denunciante acudiendo al trastorno de personalidad límite, derivado de acontecimientos vitales, que las peritos manifestaron en juicio que tenía la denunciante, pues afirmaron que la misma había tenido una vida marcada por la inestabilidad, el fracaso en los proyectos de futuro y el escaso desarrollo afectivo con corto tiempo de convivencia familiar, abandonó el domicilio paterno los 19 años, manteniendo una relación distante con su padre y hermanas. Este trastorno en nada afectaba a su pensamiento, a su funcionamiento intelectual ni al contacto

con la realidad, por consiguiente en nada consideramos que afecte a la veracidad de su testimonio, más bien al contrario, su propensión natural al ensimismamiento y al uso de la ideación con fines de evasión y de orientar su pensamiento a minimizar el impacto emocional negativo de las situaciones adversas mediante la racionalización, sirve para justificar que durante seis días estuviera como ella afirma encerrada en su domicilio, tratando de recomponerse, para decidir si denunciaba los hechos.

En definitiva consideramos plenamente creíble el testimonio de doña XXX por todas las razones anteriormente apuntadas de ausencia de incredulidad subjetiva, coherencia interna y externa de su declaración y persistencia en la incriminación, valoración que corresponde en virtud del principio de inmediación únicamente a este Tribunal como órgano de enjuiciamiento, sin que la prueba pericial pueda servir más que de auxilio al órgano judicial, la cual además en este caso apoya la precedente conclusión.

2. Calificación jurídica de los hechos.

SEGUNDO.- Los hechos que se han declarado probados son legalmente constitutivos de un delito de agresión sexual con introducción de miembro corporal y uso de instrumento peligroso de los artículos 178,179 y 180.1.5ª del Código Penal.

En el presente supuesto habría existido una unidad natural de acción ya que aunque durante el mismo espacio temporal y aproximadamente cinco horas la víctima fue objeto de diferentes actos de contenido sexual por parte del acusado a fin de lograr su excitación sexual y conseguir penetrarla, no se trataría de una pluralidad de acciones, sino de una sola que absorbe o consume en la infracción penal más grave las que lo son menos, que responde a un único plan del autor, ya que dichos actos repetidos son expresión de un dolo unitario no renovado en cada uno, cuyo fin ha tratado de conseguir a través de dicha sucesión de actos (SSTS de 19 de abril de 2010 y 130/2019 de 12 de marzo).

Por lo que respecta a la calificación de los hechos en virtud del subtipo agravado, establece el artículo 180.1.5ª del Código Penal que la agresión sexual mediante acceso carnal o introducción de miembro corporales será castigado con la pena de 12 a 15 años cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o algunas de las

lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, (contemplando las del artículo 149 la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, o una grave deformidad y las del 150 la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad). La aplicación de dicho subtipo agravado supone un incremento notable de la pena pues de la pena de prisión del tipo básico de 6 a 12 años la misma se eleva de 12 a 15 años.

Como señala la STS 343/2013, existe un consolidado cuerpo de doctrina del Tribunal Supremo sobre dicho subtipo agravado, de acuerdo con lo expuesto entre otras por las SSTS 15/2006 de 13 de enero, 673/2007 19 de julio y 396/2008 de 1 de julio.

Un primer acercamiento al mismo nos recuerda la agravación contenida en el artículo 242.2 del Código Penal para el caso del delito de robo con violencia o intimidación en los casos en que el delincuente hiciera uso de armas u otros medios igualmente peligrosos que llevaré. No obstante enseguida aparece la distinción derivada de la expresión de que dichas armas con medio peligroso sean susceptible de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150, lo que revela la intención del legislador de que se haga uso de dicha agravación de forma más restrictiva que en el supuesto del artículo 242.2, si bien con escasa o nula relevancia práctica ante la dificultad de que puedan existir armas o medios peligrosos que sean aptos para producir lesiones de los artículos 147 o 148 y no lo sean para las de los 149 y 150 o para el homicidio.

Este criterio restrictivo para el uso de dicho subtipo agravado debemos justificarlo en primer lugar en virtud del principio de proporcionalidad, ya que la aplicación del mismo dispara la pena hasta el punto de ser superior a la del homicidio, pues de la pena para el delito básico que va de 6 años a 12 años la del subtipo agravado se convierte en una pena de prisión de 12 años a 15 años, superior a la del homicidio del artículo 138 para el que se prevé de 10 a 15 años de prisión.

En segundo lugar dicho uso restrictivo también puede justificarse en virtud del principio del “no bis in idem”, principio que la doctrina del Tribunal Constitucional enlaza con el de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución al servir la acción intimidatoria al mismo tiempo para la calificación de la conducta como agresión sexual y para su cualificación como agresión agravada, pues puede considerarse como *modus operandi* standard por su frecuencia el uso de instrumento peligrosos para intimidar a la víctima y quebrar su voluntad.

De esta forma el Tribunal Supremo excluye la aplicación del artículo 180.1.5ª en aquellos casos en que el arma o medio peligroso sólo se utiliza para exhibirlo de modo que la víctima queda intimidada al conocer el elemento del que dispone su agresor, pero que luego no utiliza en la agresión realizada.

Así señala la STS 343/2013 de 30 de abril, entre muchas otras que *“Enseñar el arma de fuego, el arma blanca o el instrumento útil para otras cosas pero que puede causar lesiones por su uso espurio, como un destornillador, un martillo, una maza o simplemente una garrota o un palo, y no utilizarlo después en la agresión realizada, se considera que no basta a los efectos de la cualificación que estamos examinando. Sin embargo, cuando se acomete usando ese arma o medio peligroso, incluso cuando la acometida no alcance el cuerpo de la víctima, ha de aplicarse esta circunstancia 5ª. Y lo mismo ha de hacerse cuando se acerca el instrumento a alguna zona particularmente sensible a los efectos de poder causar la muerte o lesiones graves.... Por eso, venimos diciendo con reiteración que lo importante a estos efectos no es el concreto instrumento utilizado, sino el uso que se le dé, o el peligro concreto creado al respecto.*

Por último, conviene añadir aquí algo también reiteradamente proclamado por esta sala: en todo caso hay que tener en cuenta, con criterios objetivos el instrumento utilizado en la forma en que se usó, no aquello que pudiera decir el agresor o pensar la víctima, como podría ocurrir cuando se utiliza un arma de fuego simulada y, por tanto, sin capacidad de disparo, aunque, por sus características y modo de uso, pudiera ser calificado en el caso concreto como medio peligroso.”

En el caso de autos el palo utilizado, un palo largo de madera parecido al de una escoba, no solamente lo utilizó el acusado para exhibirlo y ejercer la acción intimidatoria contra doña XXX, sino que lo utilizó para cometer la agresión sexual, pues al no acceder la primera a las pretensiones del mismo tuvo que acercarle el palo a la cabeza, zona donde con dicho instrumento se puede causar lesiones graves o incluso la muerte, y tras acercárselo a la cabeza darle dos golpes leves en la misma para hacerle ver que sus amenazas (“darle un estacazo aquí mismo”) eran ciertas. Pero es más, ha resultado acreditado del testimonio de la víctima que durante la agresión sexual, habida cuenta que la misma duró un tiempo extraordinariamente prolongado, el acusado utilizó el palo,teniéndolo siempre en la mano y haciendo amago de darle cuando la misma se movía o empezaba a resistirse. Por lo expuesto consideramos de plena aplicación dicha circunstancia cualificada.

Finalmente por lo que se refiere al delito de lesiones, cuya condena solicita la acusación particular atendiendo al cuadro de ansiedad inicial sufrido y al posterior trastorno adaptativo ansioso, para lo cual ha precisado tratamiento médico y farmacológico, debemos considerar que el mismo es consecuencia inherente a la agresión sexual sufrida, como reacción natural a la misma, con la sintomatología propia del impacto que dicho hecho ha tenido en su vida, elevado nivel de tensión, estado de alerta, reacciones de sobresalto, pérdida de apetito, llanto inmotivado, insomnio y miedo, por la noche sus temores se acrecientan, y que constituye un cuadro emocional reactivo que no es más que el sufrimiento que el hecho padecido le provoca, y que por consiguiente no debe calificarse como delito de lesiones autónomo al ser una consecuencia natural de la agresión sexual sufrida, sin perjuicio de la indemnización que como daño moral se determinará posteriormente. Procede en consecuencia la absolución por el delito de lesiones por el que ha sido acusado.

TERCERO.- De los citados hechos es autor criminalmente responsable a tenor de los artículos 27 y 28 del Código Penal Fernando O. S., por la ejecución libre y directa de los hechos descritos.

CUARTO.- No concurre circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, aún cuando la acusación particular ha apreciado la circunstancia atenuante de estar bajo los efectos de bebidas alcohólicas, ya que no se ha practicado ninguna prueba al respecto. Que estuviera el acusado dicha noche bajo los efectos de alcohol o drogas es negado por el mismo, y la denunciante simplemente se limitó en el plenario a manifestar que estaba raro, sin conocer si había o no tomado bebidas alcohólicas, pues ella ni lo vio beber ni lo vio comer.

QUINTO.- En orden a la individualización penológica entendemos de conformidad con el artículo 66 del Código Penal, debemos aplicar la pena prevista en su mitad inferior, concretándola en 12 años de prisión.

Ninguna de las partes ha solicitado la pena accesoria de prohibición de acercamiento a la víctima a tenor de los artículos 57 y 48 del Código Penal, habitual en este tipo de procedimientos, por lo que no procede su imposición.

No obstante sí procede la imposición de la pena de libertad vigilada post penitenciaria a tenor del artículo 192.1 del Código Penal por un periodo de 10 años.

SEXTO.- En materia de responsabilidad civil a tenor del artículo 116 del Código Penal, el acusado deberá indemnizar a la víctima en los daños morales inherentes causados por su ilícita actuación, valorándose además como concreción de dicho daño moral el trastorno adaptativo ansioso que sufrió la víctima y que le queda como secuela, que además viene a agudizar necesariamente los rasgos de tipo límite de su propia personalidad, forjados por los acontecimientos negativos de su trayectoria vital. De esta forma teniendo en cuenta la suma solicitada en concepto de indemnización por el Ministerio Fiscal ascendente a 2.600 € y la pedida por la acusación particular de 40.000 €, estimamos procedente en atención al sufrimiento de la víctima la suma intermedia de 10.000 €.

SÉPTIMO.- En virtud del artículo 123 del Código Penal y artículo 240 de la LECRIM se impondrán al condenado la mitad de las costas causadas, declarando de oficio la otra mitad correspondiente al delito por el que ha sido absuelto.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Fernando O. S. como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual con introducción de miembro corporal y uso de instrumento peligroso, a la pena de 12 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a la pena de libertad vigilada post penitenciaria de 10 años, abono de la mitad de las costas causadas y a que

indemnice a doña XXX en la suma de diez mil euros (10.000 €) con los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo debemos absolver y absolvemos a Fernando O. S. del delito de lesiones que el que ha sido acusado con declaración de oficio de la otra mitad de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

juzgado de guardia.es