



Roj: **SAP M 7794/2019 - ECLI: ES:APM:2019:7794**

Id Cendoj: **28079370302019100271**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **30**

Fecha: **25/07/2019**

Nº de Recurso: **949/2018**

Nº de Resolución: **485/2019**

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

Ponente: **DIEGO DE EGEA TORRON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.

SECCIÓN TRIGÉSIMA

Rollo nº- Sumario 949/2018

Sumario 2808/2017

Procedente de Juzgado de Instrucción nº 4 Madrid

SENTENCIA N º 485/19

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ILTMAS/OS. SRAS. /ES. MAGISTRADAS/ OS.-

D CARLOS MARTIN MEIZOSO (PRESIDENTE)

Dña. ROSA MARIA QUINTANA SANMARTIN

D DIEGO DE EGEA Y TORRON (PONENTE)

En la villa de Madrid, a 25 de julio de 2019

Vista, en juicio oral y público, ante la Sección 30ª de esta Audiencia Provincial la causa procedente del Juzgado de Instrucción número 4 de Madrid instruida de oficio por un delito contra la libertad Sexual contra **Victor Manuel** , con DN nº NUM000 , nacido en la República Dominicana el día NUM001 .1988, hijo de Alexander y de Encarna y vecino de Madrid, CALLE000 número NUM002 , , con antecedentes penales no computables en la presente causa y en prisión por la misma desde el día 31 de mayo de 2019. Habiendo sido partes personadas, como acusación particular, la perjudicada Dña. Estibaliz representada por el procurador doña María José Ponce Mayoral y asistida por la letrado Dña. Ana María Soto Povedano. El acusado Victor Manuel , compareció defendido por el letrado D. David Macías González; y el ministerio fiscal representado por la Ilustrísima Sra. Dña. Rosario Lacasa Escusol. Ha sido ponente el Ilustrísimo Sr. Magistrado D DIEGO DE EGEA Y TORRON.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO :El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de las actuaciones, como constitutivos de un delito de Agresión Sexual en grado de tentativa previsto y penado en los artículos 178 y 179 en relación con los artículos 16 y 62 todos ellos del Código Penal , interesando la aplicación de la pena de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena y la prohibición de acercarse a menos de 500 m de Estibaliz de su domicilio y de su lugar de trabajo y de comunicarse con la misma, por cualquier medio por un plazo de seis años conforme a lo dispuesto en el artículo 57 del Código Penal .

Asimismo se interesa que conforme al artículo 192 del mismo texto legal la imposición al acusado una vez cumplida la pena privativa de libertad la medida de libertad vigilada de cinco años, consistente en lo



que determina el artículo 106 a) del C. Penal , es decir, el control electrónico de movimientos del acusado. Calificando también los hechos como delito leve de lesiones del artículo 147.2, del Código Penal interesando por ello la imposición de la pena al acusado de dos meses multa con una cuota diaria de seis euros. Y el pago de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil el Ministerio Fiscal interesó la indemnización a Dña. Estibaliz de la cantidad de 350 € por las lesiones sufridas y en la cantidad de 10.000 € en concepto de los daños morales por la agresión, cantidad que se incrementará de conformidad con el artículo 576 de la ley de enjuiciamiento civil .

La acusación particular, en igual trámite, consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de Agresión Sexual en grado de tentativa de los artículos 178 y 179 en relación con los artículos 16 y 62 del Código Penal interesando imponer al acusado la pena de seis años menos un día de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, interesando igualmente que conforme a la aplicación de los artículos 56 artículos 57 y 48 del código penal se impusiera al acusado la medida de seguridad consistentes en prohibición de aproximación a la víctima a una distancia no inferior a 500 m así como prohibición de comunicación por cualquier medio con la misma, en ambos por un tiempo superior a siete años.

Interesándose también con arreglo al artículo 192 del código penal la imposición de la pena de libertad vigilada durante cinco años que se cumplirá con posterioridad a la pena privativa de libertad quedando sujeto a control judicial del cumplimiento de las medidas previstas, De conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 del código penal que se concretarán de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del número dos de este artículo.

Y al pago de las costas incluidas las de la acusación particular.

Alternativamente la acusación particular interesa por el delito de agresión Sexual la pena de cinco años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y accesorias y conforme a los artículos 57 y 48 del código penal la prohibición de aproximación a la víctima a distancia no inferior a 500 m así como de comunicación con la misma por tiempo superior a siete años y también atención arreglo al artículo 192 del código penal a la pena de libertad vigilada 25 años y al pago de costas.

Interesándose en concepto de responsabilidad civil la indemnización a favor de Estibaliz al mes en la cantidad de 12.000 € por los daños morales causados y en la cantidad de 350 € por las lesiones interesándose que dichas cantidades sean incrementada con el interés legal de demora que se devenguen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 de la L.E.C .

SEGUNDO.- La defensa del acusado, en sus conclusiones también definitivas intereso una sentencia absolutoria por disconformidad con las correlativas a las de del ministerio fiscal y de la acusación particular, interesando en caso de condena, la aplicación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del artículo 21 1ª en relación con la circunstancia eximente del artículo 20.2ª, del Código Penal , (embriaguez).

II HECHOS PROBADOS

De la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas RESULTA PROBADO Y ASÍ SE DECLARA:

I.- En la madrugada del día 25 de diciembre de 2017 sobre las 02.00 horas el acusado Victor Manuel mayor de edad nacido en la Republica Dominicana (Santo Domingo) el NUM001 de 1988 con DNI nº NUM000 , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia conoció en la discoteca "EVE" a Estibaliz , quien se encontraba en su interior junto con unas amigas permaneciendo en el local hasta las 06.00 horas aproximadamente, bailando los dos juntos en la discoteca. Con posterioridad, acordando Estibaliz junto con sus amigas salir de la discoteca mencionada y dirigirse a otra para ver si estaba abierta, dirigiéndose todas a la discoteca "Ocho Quilates", sobre la hora antedicha.

II.- Victor Manuel le dijo a Estibaliz que si podía acompañarla a ella y a sus amigas a la discoteca Ocho Quilates, a lo que ellas no se negaron y se dispuso a acompañarlas. Saliendo todos juntos, aunque las amigas de Estibaliz se adelantaron en la marcha, y quedarse aquella más rezagada con el acusado debido a que se quedó encendiendo un cigarro. Cuando los dos se encontraban solos en las inmediaciones de la Plaza Martínez de la Riva de Madrid, el acusado agarro fuertemente del brazo a Estibaliz y le quito el móvil del bolsillo trasero del pantalón, donde aquella lo portaba. Y una vez sujeta fuertemente por el brazo el acusado con ánimo libidinoso le dijo que " *le chupara la polla o no le devolvía el móvil* ", ante lo que la víctima se resistió, comenzando a forcejear con el acusado con empujones, cayendo los dos al suelo momento en el que Estibaliz se golpeó en la rodilla y en la muñeca.



Seguidamente Estibaliz logró levantarse del suelo y, siendo dirigida por el acusado, quien la sujetaba, la condujo a un callejón ubicado en las inmediaciones, arrojando al suelo el acusado el teléfono móvil. En dicho callejón o entrante de la plaza citada, lugar solitario y con poca o ninguna luz, fue donde con idéntico ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, agarró fuertemente por los brazos a la víctima, arrinconándola hacia la pared, y la bajó los pantalones y las bragas que vestía hasta la rodillas, y en todo momento manteniendo su ánimo libidinoso inicial, tocó con la mano la vagina de la víctima, para a continuación bajarse los pantalones con la intención de penetrarla vaginalmente. Indicándole el acusado que no gritase, tapándole la boca con una de sus manos, con la finalidad de que la misma no gritara pidiendo ayuda.

No logró el acusado, satisfacer su propósito al personarse en aquellos momentos agentes de la policía nacional, requeridos por una vecina que escucho gritos.

El acusado cuando se percató de la presencia de la policía se separó rápido de Estibaliz e intento darse a la fuga.

En esa noche en la discoteca Estibaliz no ingirió bebidas alcohólicas, habiendo bebido solo refrescos y no mostrando el acusado, ningún tipo de sintomatología de que el mismo se encontrara bajo los efectos del alcohol.

Estibaliz , nacida el NUM003 .1993 con 24 años de edad en la fecha en la que sucedieron los hechos, a consecuencia de la violencia física ejercida sobre ella por parte del acusado para vencer su resistencia, cuando tras el forcejeo cayó al suelo, se causó lesiones consistentes en contusión en rodilla derecha y en la mano derecha que precisaron para su sanidad una primera asistencia facultativa y, habiendo requerido para su curación siete días no impositivos sin ningún tipo de secuelas.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Los hechos declarados probados se han tenido como tales con causa en la actividad probatoria realizada en el acto del juicio oral, con observancia de los principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción. En el capítulo de los hechos probados o juicio histórico, el juzgador debe proveer a la sentencia de cuáles son los acontecimientos que, habiendo desfilado contradictoriamente ante él, se han acreditado como ciertos de manera suficiente. Se trata de un proceso de selección riguroso, de una criba de cuanto por el jugador ha discurrido, en un relato de hechos histórico en el que ha de aplicar las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia del comportamiento humano.

. Llegando al momento de la valoración de la prueba, es decir, en el tiempo de enfrentarse con el problema complejo de decidir qué es lo que está probado y en qué términos, y siempre, no hay que decirlo, que la actividad probatoria haya advenido por causas de legitimidad. Siendo en este punto donde incide la problemática de la presunción de inocencia, pues solo cuando se haya producido actividad probatoria de cargo, es decir, de signo inequívocamente acusatorio y razonablemente suficiente, de forma procesal y constitucionalmente correcta, cabe dar como probado el hecho mismo y la participación del acusado (S. T. C. 229/1984, de 1 de diciembre).

El derecho a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española , se asienta, según ha reiterado el Tribunal Constitucional, desde su sentencia el 13/81, de 28 de julio , sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio libre de valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución , y, por otro, que es esta apreciación sobre la base de una actividad probatoria que puede estimarse de cargo, practicada con las debidas garantías.

La presunción de inocencia se sitúa, pues en el marco de los hechos respecto de los cuales puede producirse consecuencias en el orden penal, y de la prueba de los mismos, no alcanzando, por ello, el mencionado derecho constitucional a las valoraciones jurídicas o calificaciones que los órganos judiciales puedan establecer a partir de los hechos que, tras la actividad probatoria, queden establecidos, probados (S.T.C. 6/87, de 28 de enero y auto de 30 de octubre de 1989)

Así las cosas el Tribunal no solo se debe declarar los hechos que estime probados, sino que debe razonar también porque ha llegado esa conclusión, especialmente cuando de la prueba indirecta se trata. Las resoluciones judiciales han de ser actos de voluntad, razonados y razonables. Debiendo ser una construcción armónica, lógica, coherente con las reglas de la experiencia ajustadas en todo la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.- Reiteradamente ha señalado la Sala Segunda del Tribunal Supremo que la declaración única de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo al marco de la clandestinidad en que se produce determinados delitos, significadamente los delitos cometidos contra la libertad Sexual. Ahora



bien, no basta en estos supuestos la mera constatación formal de que dicha declaración es hábil para ser valorada como prueba de cargo, sino que ha de verificarse la racionalidad del proceso de decir decisonal que fundamenta la resolución.

Para fundamentar, pues, una sentencia condenatoria en dicha única prueba de cargo se ha de valorar la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1º) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivadas de la relaciones denunciante-denunciado.

2º) Verosimilitud en los hechos que se denuncian, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio de declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso, sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima perjudicada en el procedimiento haga constar los hechos tal y como sucedieron y con su declaración y los hechos periféricos induzcan sobre la realidad de lo sucedido.

En definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3º) Persistencia en la incriminación, es decir, que la denuncia debe de mantenerse a lo largo del tiempo, sin cambios ni alteraciones sustanciales, sin ambigüedades ni contradicciones. Y ello porque constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración poniendo de relieve aquellas contradicciones que señale su inveracidad, (Sentencias del Tribunal Supremo 28-09 de 1988 , 26-5 y 5-6 de1992 , 8-11.994 , 27-4 y 11-10-1995 , 3 y 15-4 de 1996 , y 6-4 de 2001 entre otras muchas).

TERCERO.- En el caso enjuiciado este Tribunal efectúa una prudente y cuidada valoración de la declaración de la presunta víctima, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa, y al mismo tiempo la confronta con la declaración del acusado a fin de obtener, bien mediante la comprobación de lo que ambos dicen, bien de las contradicciones y omisiones en que incurran ambos, con la valoración de las declaraciones de los testigos (policías actuantes), un juicio de verosimilitud y credibilidad, formulando conclusiones razonadas y razonables de culpabilidad o inocencia de la persona del acusado.

En orden a esa labor valorativa, se pondera lo siguiente:

A) Las declaraciones de la denunciante y víctima Estibaliz prestadas ante la Comisaría del CNP, tras ella la declaración ante el Juzgado Instrucción y finalmente en el Juicio Oral , impresionaron de sinceridad y de firmeza, reuniendo los requisitos de ausencia de incredibilidad subjetiva, en tanto que no conocía de antes al acusado, de verosimilitud, en cuanto que hay corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalan su testimonio, y de persistencia en la incriminación, en cuanto que en sus distintas declaraciones, sin incurrir en contradicción, ha mantenido el mismo relato de hechos de forma pormenorizada.

Efectuó en el acto del juicio el relato de hechos que se recoge en el epígrafe de hechos probados, que aquí se dan por reproducidos. Indicando que, cuando salió con el acusado y sus amigas de la discoteca para dirigirse a otro local, se quedó rezagada con el acusado, momento en el cual la agarró fuertemente de un brazo y le cogió el teléfono móvil del bolsillo trasero del pantalón, exigiéndole con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales que "le chupara la polla" ante lo que Estibaliz se resistió iniciándose un forcejeo entre ellos, cayendo ambos al suelo y en el que Estibaliz se causó unas lesiones objetivables por los informes médicos forenses obrantes en las actuaciones. Asimismo Estibaliz mantuvo que un poco más adelante en un callejón estrecho o en una esquina de la plaza, el acusado la sujetó de los brazos poniéndole contra la pared, bajándole los pantalones y las bragas que llevaba puestas, tapándole la boca para que no pidiera ayuda, comenzando a tocarle la vagina para a continuación bajarse el acusado los pantalones con la intención de llevar a cabo una penetración. Hecho que no logró consumar el acusado ante la presencia policial, requerida su presencia por una vecina que escuchó los gritos que estaba dando la víctima.

B) La declaración en su interrogatorio del acusado en el Juicio Oral, que se limitó a negar, en el legítimo derecho de defensa, que efectuara los correspondientes tocamientos y que sujetara y bajara los pantalones y la bragas a Estibaliz . Manteniendo que pretendían mantener relaciones sexuales consentidas y propuestas por ella. Y debiéndose destacar que en la declaración policial el acusado se acogió a su derecho de no declarar (folio 14, 15 de las actuaciones) y en la declaración prestada ante el Juzgado de Instrucción, consciente ya de la denuncia formulada por Estibaliz , expresa que salieron juntos de la discoteca que los dos iban muy bebidos y que ella le dijo que se fueran a follar a su casa y él le dijo que no, que lo hicieran allí mismo y en eso que llegó la policía. Negando que la arrebatara en todo momento el teléfono móvil manifestando ser cierto que salió de una discoteca con Estibaliz y sus amigas y que aquellas iban más adelantadas así como que la chica le dijo que vivía en por Oporto (folios 37 y 38 de las actuaciones).



C) En cuanto a las declaraciones del juicio de la testigo D. Patricio , que depuso en el plenario, que el 25 de diciembre de 2017 sobre las 2:00 de la mañana estaba en su casa durmiendo y empezó a escuchar unas voces que la despertaron, escuchando una mujer pidiendo auxilio y socorro, se asomó a la ventana que estaba abierta y escuchó lo que estaba sucediendo, se asustó y llamo a la policía. Que era una zona muy oscura donde no había visibilidad por lo que no vio nada pero sí pudo escuchar. Escuchó las voces de una mujer pidiendo auxilio y diciendo que no, que le diera el móvil y que la dejase, el acusado pedía a la chica que se bajara las bragas que iba ser más rápido, y que si se demoraba iba a ser peor. Hubo un momento en que escucho que la chica se queja de que se hace daño en la rodilla y le pido al chico que le dé el móvil. Cuando está ocurriendo lo que se está describiendo, la testigo presumió que pasaba algo raro y es por lo que llamó a la policía, llegando ésta casi de inmediato pero que no se entrevistan con ella esa noche. Que al escuchar las voces pudo determinar que la chica era española y que el varón no sabia pero no tenía acento español.

No conocía ni tiene relación ninguna con la denunciante Estibaliz , y que ella los ve únicamente cuando se lleva la policía al acusado, insistiendo la testigo que ella solo escuchó lo que el chico le decía a la chica Y que ésta se negaba todo el tiempo.

D) En cuanto a la testifical de la Agente de Policía Nacional número NUM004 , policía de género femenino, quien depuso en el plenario que se encontraba junto con su compañero de servicio el día de los hechos y fueron avisados para que acudieran a la calle Sierra Verdeja número uno en una especie de callejón pequeño donde había poca luz. Solo estaba iluminado por la luz que procedía de una plaza de las inmediaciones, que fueron requeridos porque una mujer había llamado ante los ruidos y las voces escuchados desde una ventana, llegando al lugar de los hechos en dos o tres minutos en coche dejando el coche aparcado en la calle Sierra Verdeja y entrando en el callejón. Observando al final del mismo que había un chico sujetando una chica, ella de cara a la pared y con la boca tapada por el chico que estaba con los pantalones bajados, en cuanto los vio la chica se fue hacia ellos pidiendo ayuda. Afirmando el deponente que el acusado tenía los pantalones bajados. Cuando entraron al callejón no se escuchaba nada ya que la chica tenía la boca tapada pero al observar su presencia ella salió corriendo hacia ellos empezando a pedir ayuda y se abalanzó sobre la agente de policía y relatándoles los hechos acontecidos, estando muy alterada y llorando. La agente de la policía le pidió que se tranquilizara para que les explicara qué es lo que había sucedido, la chica estaba asustada. Recuerda que los dos tenían los pantalones bajados por encima de las rodillas y que fue su compañero quien estuvo con el acusado, ella se encargó más de tranquilizar a la víctima. Pero no apreció que el acusado estuviera bebido. La chica le explica el momento del tocamiento, le dijo que la tocó sus partes íntimas sin llegar a penetrarla.

E) En cuanto a la testifical del policía nacional NUM005 , quien manifestó que el día de los hechos estaba de servicio con su compañera, que recibieron una llamada en principio relataba una pelea entre una mujer y un hombre, se acercaron al lugar, y en principio y ya sobre la zona no vieron nada, por lo que aparcaron el coche y a pie se dirigieron a la plaza, en donde había un "metido" o un callejón y en él se oía un murmullo, encontrándose al acusado que tenía contra la pared a la víctima tapándole la boca. Teniendo el acusado los pantalones bajados y la víctima cuando este policía llego, los tenía desabrochados. Ella les pidió ayuda. El acusado intentó huir, pero al paso. Su compañera prestó ayuda a la víctima. La víctima cuando pudo zafarse, salió corriendo hacia ellos. El callejón era oscuro y con poca visibilidad. Cuando detuvo al acusado, éste no evidenció síntomas de embriaguez. En un principio escucharon murmullos debido a que la chica tenía tapada la boca por una mano del acusado.

F) Asimismo el relato de hechos probados se deduce de la prueba pericial practicada en la que se tomó declaración como peritos a los médicos forenses D Jose Ramón y D Jose Augusto quienes en el Juicio Oral manifestaron que hicieron el reconocimiento de la víctima y emitieron el informe obrante al folio 15 de la causa describiendo las lesiones que presentaba y que al parecer se originaron el 25 de diciembre siendo atendida en urgencias del Hospital Gregorio Marañón, presentando contusiones en rodilla y mano derecha, afirmando que son lesiones inespecíficas que pueden presentarse en el curso de una Agresión Sexual para vencer la resistencia de la víctima.

G) Inexistencia de motivos espurios por parte de Estibaliz , quien no conocía a Victor Manuel , habiéndolo conocido el día de los hechos.

Declaración de la víctima, corroboraciones periféricas, contradicciones del acusado y declaraciones del resto de los testigos y de la prueba pericial practicada que constituyen prueba de cargo de signo inequívocamente incriminatorio y que desvirtúa del principio de presunción de inocencia, al aparecer acreditada la autoría del acusado del delito que es objeto de acusación y que precisamos a continuación.

CUARTO.- Los hechos son, como califican las acusaciones, constitutivos de un delito de Agresión Sexual en grado de tentativa y de los artículos 178 y 176 del Código Penal en relación al artículo 16 y 62 del mismo texto legal , en concurso medial con un delito leve de Lesiones art 147.2 del Código Penal .



Tipo delictivo básico del art 178 del C.P . que tipifica actos contra la libertad e indemnidad sexual, tal y como se establece en el Título VIII del Código Penal.

Se castigan en este título conductas sexuales en las que la participación de la víctima no es libre ni voluntaria, siendo la libertad sexual el bien jurídico a defender y tutelar.

Los elementos que deben de concurrir en la infracción penal del artículo 178 del CP , son los siguientes:

a) Una acción positiva que atente contra la libertad sexual de otra persona. Da igual la forma en que se ejecute ese acto o comportamiento, lo importante es que tenga un contenido libidinoso. En este elemento se introduce un elemento subjetivo o intencional, representado por la finalidad lasciva del acto. No es lo mismo, por tanto, tocar los órganos genitales de una persona con fines terapéuticos o curativos que hacerlo con intención libidinoso. Por ello, el agresor tiene que actuar con la finalidad de obtener una satisfacción sexual. Esta connotación sexual es lo que hace que ese comportamiento típico sea antijurídico y por tanto sancionable desde el punto de vista penal. Se requiere dolo, no admitiéndose la comisión culposa, bastando el conocimiento del autor de realizar una agresión sexual al haberse matizado la exigencia del elemento subjetivo del injusto de ánimo libidinoso.

b) Que se emplee violencia o intimidación , lo que lo diferencia de los abusos sexuales. No existe un catálogo de comportamientos que podamos encuadrarlos como actos de violencia o intimidación que sirvan para doblegar la voluntad de la víctima de cara a obtener favores de naturaleza sexual, sino que habrá que acudir a cada caso concreto y con unos rasgos generales que la jurisprudencia ha ido elaborando con el paso del tiempo. El término **violencia** equivale a acometimiento, imposición material, uso de la fuerza física u otra semejante que vale para vencer la voluntad de la víctima y que, por tanto, haga inútil la negativa a realizar el acto sexual. El concepto **intimidación** se basa en la "vis compulsiva", en virtud de la cual el sujeto pasivo cede a la actividad sexual para evitar un mal mayor sobre su persona o bienes o sobre los de un tercero con el que tenga una relación íntima o estrecha que le provoque ceder ante ese comportamiento (hijos, ascendientes, cónyuge, entre otros). No es necesario que el mal con el que se amenace sea grave (STS 953/2016, de 15 de diciembre), pero sí que sea creíble y real, y que sea de tal envergadura que haga por sí mismo que la víctima ceda al acto sexual. La violencia o la intimidación han de ser eficaces para inhibir cualquier atisbo de resistencia que pueda emplear la víctima en el momento en el que el agresor realiza el acto atentatorio contra la libertad sexual. El delito existe tanto si el sujeto activo utiliza esa fuerza o intimidación como si la aprovecha o se beneficia de la empleada por otras personas o ante determinadas situaciones.

Es de destacar la STS 344/2019, de 4 de julio , (La Manada Pamplona) que recopila numerosa jurisprudencia sobre la diferencia entre abuso sexual y agresión sexual y sobre la distinción entre intimidación y prevalimiento. Desarrolla también el concepto de "intimidación ambiental" acuñado en varias sentencias del TS.

C) Cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo, con independencia del sexo, basta con que sea un ser humano. Es necesario hacer una especial consideración al concepto " consentimiento" de la víctima o "resistencia" que la misma puede emplear ante el acto del agresor. Basta con que el sujeto pasivo **se** niegue a realizar el comportamiento sexual solicitado por el agente para que se cometa un delito de agresión o abuso sexual; ahora bien, la negativa del sujeto pasivo debe ser clara y sin matices, aunque a la víctima no se le puede exigir comportamientos heroicos o una resistencia activa y tenaz. Basta, por tanto, con un "no" para entender que la insistencia del sujeto en la actividad sexual, cualquiera que sea su manifestación, acompañada de cierta fuerza o intimidación puede ser un delito de agresión sexual. La resistencia puede ser de naturaleza pasiva o incluso, en algunas ocasiones, de cierta colaboración en la actividad sexual. La víctima puede tener una participación activa en el acto sexual cuando se vea atemorizada por la corpulencia del agresor y piense que además de atentar contra su libertad sexual pueda dañar su integridad física o acabar con su vida. El consentimiento otorgado por la víctima no es vinculante ni permanente, por lo que cuando éste lo estime oportuno puede revocarlo, aunque en estos casos es necesario que se haga partícipe de esa decisión al sujeto que está teniendo o que quiere mantener la relación sexual.

El TS, en la sentencia citada, entiende que "el silencio de la víctima solo se puede interpretar como una negativa"

Se recoge en el artículo 179 del Código Penal una agresión sexual agravada. Para que se produzca la violación, se requieren los mismos elementos que los del tipo básico ya analizados y, además, que la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de estas vías.

Debemos de calificar la agresión sexual de autos en grado de tentativa, conforme a lo que se determina en los art 16.1 del Código Penal .



" Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor"

Conducta típica que se produce en el caso enjuiciado en el que el acusado por medio de un acometimiento físico y utilizando violencia e intimidación sobre la denunciante, a quien inmovilizó sujetándole las manos, poniéndole contra la pared y tapándole la boca con una de sus manos, procedió a bajarle los pantalones y las bragas, comenzando a tocarle la vagina y tras ello, bajándose el mismo los pantalones con la pretensión de llevar a cabo una penetración de su órgano genital. No logrando satisfacer su ánimo libidinoso, al ser sorprendido por agentes de la policía nacional.

Respecto al delito leve de lesiones, cuya condena exige el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, estimamos que también quedo probado a través del informe médico forense de la víctima, en donde se objetivan unas lesiones que precisaron una sola asistencia facultativa para curar.

Para mayor aclaración debemos traer a colación el contenido del artículo 147 del Código Penal , el cual establece:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En cuanto a las lesiones sufridas por la víctima, hay que atender al dato de cómo han sido causadas. Cuando estas lesiones consistan en las indispensables u ordinarias para el forzamiento sexual y son su consecuencia necesaria, sin desmesura ni desproporcion, consustanciales con el forzamiento, como pueden ser rozaduras o equimosis en zonas vaginales o leves hematomas en muslos o brazos, se deben estimar integradas en la propia agresión de acuerdo con el principio de consunción del art. 8.2 del Código Penal . Cuando las lesiones causadas son de mayor entidad o se producen en otras zonas del cuerpo, y han sido producidas por el responsable de los hechos para vencer la resistencia de la víctima, ha de entenderse que se ha cometido también un ilícito penal de lesiones en concurso medial con la agresión sexual, y cuando las lesiones son producidas con posterioridad a doblegar la voluntad de la víctima contraria a la relación sexual, siendo innecesaria dicha violencia, se habrá cometido también un ilícito penal de lesiones en concurso real con el delito de agresión sexual (STS 7 de noviembre de 1997 , de 3 de junio de 1996 ; STS 725/2005, de 9 de junio ; y 892/2008 , de 11 de diciembre). No hay un concurso de normas, si las lesiones no son las que inevitablemente pueden acompañar o resultan concomitantes a una agresión sexual como ya se ha dicho.

Del relato de los hechos probados se determina un resultado lesivo separable, que no es producto del acceso carnal, sino un medio para conseguirlo, existiendo por ello, una diversidad de bien jurídico protegido, requiriendo por ello una condena autónoma. En el delito leve de lesiones basta el dolo genérico en el sujeto activo, incluso en su modalidad eventual. Aquí, de la valoración de los hechos probados, concurren resultados lesivos perfectamente deslindables de la específica agresión sexual.

QUINTO.- De dichos delitos el responsable en concepto de autor (art 28 C. Penal) es el acusado Victor Manuel por la participación material, voluntaria, y directa que tuvo en su ejecución, conforme a la valoración de la prueba que contiene el fundamento primero de esta sentencia.

SEXTO.- En la realización de dicho delito no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad Criminal. La defensa del procesado solicitó la aplicación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad atenuante de embriaguez.

De la prueba practicada no consta que el procesado hubiera consumido bebidas alcohólicas durante la noche de los hechos, única forma discursiva traída a los autos por las manifestaciones expresadas por el propio acusado. Pero ante las pruebas practicadas en el acto del juicio oral se concluye con que ninguno de los testigos que depusieron en el plenario, notaron nada extraño en el procesado, que les indicara que se encontraba bajo la influencia de ingesta de bebidas alcohólicas. La víctima declaró que no notó que él mismo



estuviera borracho y así también los agentes de policía NUM005 y especialmente el NUM004 que es el agente que detuvo al acusado tras los hechos, expresando que en ningún momento aquel mostraba síntomas de estar bebido y manifestó que su comportamiento era normal y que incluso cuando se percató de la presencia policial llevó a cabo maniobras evasivas conscientes para lograr su huida.

SEPTIMO.- Individualización de las Penas.

En cuanto a las penas a imponer atendiendo a los parámetros indicados en el artículo 66 del Código Penal y en atención a que su grado de participación es en grado de tentativa y conforme a lo establecido en el artículo 16 y 62 del mismo texto legal debemos de determinar que: artículo 178 del C.P . con la pena de prisión de uno a cinco años.

Hacer resaltar la agravación de las conductas sobre lo establecido en el artículo 179 del Código Penal en el cual se establece que cuando la agresión sexual consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años.

Al haber sido determinado el grado de ejecución del delito imputado en grado de tentativa, es por lo que debemos aplicar la regla del artículo 62 del Código Penal en donde se determina que a los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la pena señalada por la ley por el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento, y al grado de ejecución alcanzado.

Por ello y en atención a dicha valoración el tribunal opta por la rebaja en un grado de la pena establecida para el delito consumado, y en atención a que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del acusado, a tenor de lo establecido en el art 66. del Código Penal , se determina que la pena a imponer al acusado sea la pena de tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condenas. Y a tenor de lo establecido en el art 57.1 con relación con el art 48.2.3 ambos del Código Penal la pena de prohibición de aproximarse a la víctima, en cualquier lugar en el que aquella se encuentre, así como acercarse a su domicilio o lugar de trabajo y prohibición de comunicación con la misma, por cualquier medio de comunicación, o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, por el periodo de 5 años.

A tenor de lo establecido el artículo 192.1 del código penal se acuerda la imposición de la medida de libertad vigilada por un periodo de 5 años, que se ejecutará con posterioridad el cumplimiento de la pena privativa de libertad y que consistirá en la obligación por parte del acusado de estar localizado con dispositivos electrónicos de control de su situación que permitan su seguimiento permanente.

Respecto a la condena por el delito leve de Lesiones, y en aplicación de lo establecido en el art 73 del Código Penal se condena a la pena de un mes de multa con cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

OCTAVO -. Que toda persona responsable criminalmente del delito o falta, lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños y perjuicios, viniendo obligado a su reparación en los términos previstos en las leyes, artículo 109 y 116 del Código Penal .

En el presente caso la responsabilidad civil está referida a los daños morales que no pueden ser calculados con criterios objetivos, y si fijados, en atención a un juicio global basado en el sentimiento social de la reparación del daño producido por la ofensa delictiva, atendiendo a la naturaleza y gravedad del hecho, y atemperado las demandas de los interesados a la realidad socioeconómica en cada momento, (STS 945/2010 de 28 de octubre). Así y sopesando la edad de la víctima, 24 años a la fecha de los hechos y que el abuso es en la modalidad más grave de acceso carnal se considera ajustada una indemnización de 11.000 €, que situaría en el grado medio entre la pedida por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular.

Respecto a las lesiones objetivables en el informe forense , tomando como referencia las cuantías establecidas en el baremos contenido en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que contempla 30 euros como indemnización básica por día, sin que se susceptible de adicionarse alguno de los conceptos previstos, dado que no fueron impeditivos, pero incrementado, dado el carácter doloso del hecho en un 20%, lo que arroja el resultado de 7 días, de 252 euros.

NOVENO.- Las costas vienen impuestas por la ley a toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, conforme al artículo 123 del Código Penal . Dentro de dicha condena deben incluirse las correspondientes a la acusación particular tanto por el principio de procedencia intrínseca, S.T.S. (443/2008, de 1 de julio), como por su relevancia para la acción.



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

FALLAMOS

Que debemos de condenar y condenamos a Victor Manuel como autor responsable de *un delito de Agresión Sexual* en Grado de Tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de TRES años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena y a la pena de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a Estibaliz, en cualquier lugar en el que se encuentre, así como acercarse a su domicilio o lugar de trabajo y prohibición de comunicación con la misma, por cualquier medio de comunicación, o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, por el periodo de 5 años.

Igualmente y como medida de seguridad no privativa de libertad se le impone al condenado la medida de libertad vigilada durante un periodo de cinco años, que se ejecutará con posterioridad el cumplimiento de la pena privativa de libertad y que consistirá en la obligación de estar siempre localizable mediante la colocación de aparato electrónico que permita su seguimiento permanente.

Que debemos condenar y condenamos a Victor Manuel como autor responsable de un *Delito Leve de Lesiones* a la pena de un mes de multa con cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Para el cumplimiento de la pena de prisión se le abonará el tiempo que hubiera estado privado de libertad por esta causa.

Por vía de la responsabilidad civil Victor Manuel indemnizará a Estibaliz al mes la cantidad de 11.000 euros por los daños morales y en la cantidad de 252 euros de por las lesiones sufridas. Cantidades que devengarán en interés previsto en el artículo 576 de la ley de enjuiciamiento Criminal.

Así como al pago de las costas procesales con inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación del que conocerá la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que deberá ser presentado ante esta Audiencia en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.