

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **18/01/2024**

Nº de Recurso: **72/2021**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección Nº 2 de la Audiencia Provincial de Bizkaia Bizkaiko Probintzia Auzitegiko 2. Atala

C/ Barroeta Aldamar, 10 3ª Planta - Bilbao, Tel: 94-4016663 EMAIL000

NIG:

0000072/2021 Sección: 2-GG **Procedimiento sumario ordinario / Prozedura laburtu arrunta**

Juzgado de Instrucción Nº 4 de Bilbao 0000344/2020 - 0 Procedimiento sumario ordinario 0000344/2020 - 0

SENTENCIA N.º 000014/2024

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

Presidente

D. Juan Mateo Ayala Garcia (Ponente

Magistrados

D. Alfonso Gonzalez-Guija Jimenez

D. Jose Ignacio Arevalo Lassa

En Bilbao, a 18 de enero del 2024.

El Tribunal de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia ha visto en juicio oral y público la causa Rpo 72/2021 por delito de abuso sexual, en la que el Ministerio Fiscal, representado por Dª Pilar Sánchez Donate, dirige la acusación pública contra ANTONIO, nacido el NUM000 de 1986 y provisto de DNI NUM001, quien ha intervenido en las actuaciones representado por la Procuradora Sra. Rodríguez Inchausti y defendido por el Abogado Sr. Gastaka Greño.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente el Magistrado D. Juan Mateo Ayala García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En el sumario ordinario nº 344/2020 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao seguido por delito de abuso sexual, tras la práctica de las diligencias de instrucción se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial y confirmada la conclusión del sumario por auto en el que se acordó la apertura de juicio oral, se emplazó a las partes para el trámite de calificación.

SEGUNDO. - El Ministerio Fiscal en conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de un delito de un delito de abuso sexual con penetración de los artículos 181.1 y 4 y 192.1 en relación con art. 106.1 j)CP, siendo responsable en concepto de autor el acusado, sin circunstancias modificativas y solicitó que se le impusiera la pena de 6 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y 5 años de libertad vigilada con obligación de someterse a programas formativos de libertad sexual. Condena al abono de costas y la obligación de indemnizar a ANA en la cantidad a determinar en ejecución de sentencia por los perjuicios causados siéndole de aplicación a dichas cantidades lo dispuesto en artículo 576 de la LECivil.

TERCERO. - Por su parte, la defensa de ANTONIO solicitó en conclusiones provisionales su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

CUARTO. – En el juicio oral, tras la práctica de la prueba, las partes elevaron sus conclusiones provisionales a definitivas y, tras los informes orales quedaron las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

ANTONIO, nacido en agosto de 1986, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, en el año 2020 era socio de la empresa que explotaba el gimnasio sito en Bilbao, en el que además impartía clases como entrenador algunos días festivos o por necesidades puntuales.

A dicho gimnasio acudía asiduamente a realizar ejercicios de entrenamiento desde septiembre de 2019 ANA, nacida el NUM002 de 1999 y de nacionalidad británica.

Sobre las 13:30 h del domingo 8 de marzo de 2020 ANA tras la clase de ese día impartida por ANTONIO se puso a realizar ejercicios de estiramiento al resentirse de un dolor en la zona lumbar que venía sufriendo desde hacía algún tiempo, dirigiéndose a ella ANTONIO para interesarse por su estado.

Tras una breve conversación que pudo venir acompañada de algunas maniobras de masaje, le indicó que subiera a la planta superior donde había una sala de masajes y que le esperara allí, haciéndolo así ANA. Al de poco subió ANTONIO y entraron a la sala sin que conste que en ese momento ANTONIO cerrara la puerta, aunque sí lo hizo poco después.

Le indicó que se tumbara boca abajo en la camilla y empezó a darle un masaje, inicialmente deportivo, que ANTONIO convirtió en masaje sexual a medida que comenzó a deslizar sus manos por la zona baja de la espalda incluyendo a partir de ese momento los glúteos de ANA. Siguiendo con su acción, tras cerrar la puerta, accedió con los dedos a su zona vulvar y vagina llegando a introducirle los dedos.

Continuando a la zona anal le preguntó si quería tener sexo anal, parando al decirle ella que no.

ANA quedó en ese momento paralizada y bloqueada por la acción de ANTONIO, que en ningún momento consintió, y sintió miedo.

Incorporada ANA en la camilla, ANTONIO le lamió los pechos y le tomó una mano para que le cogiera el pene y le masturbara. A continuación, tumbada de nuevo ANA en la camilla, esta vez hacia arriba, con su mano izquierda ANTONIO le levantó la cabeza y se la acercó para introducir su pene en la boca de ANA. Ya dentro de la boca, comenzó a estimularse sexualmente moviendo su cuerpo unos instantes hasta preguntarle si podía eyacular dentro, a lo que ella le dijo que no y, cogiendo el pene con su mano, se masturbó hasta eyacular sobre el pecho de ella y la camilla.

Nada más terminar el suceso e irse ANA del gimnasio, llamó a su madre y le relató lo ocurrido. A continuación, escribió varios mensajes a Encarna, compañera y amiga del gimnasio, con la que quedó y le relató también lo sucedido, con la ayuda para la traducción de la madre de ANA, nacida en Cádiz, ya que ANA apenas hablaba en castellano. El mismo día de los hechos interpuso denuncia.

Con posterioridad a los hechos ANA ha presentado sintomatología diagnosticada de trastorno de estrés agudo por el que no consta acreditado que llegara someterse a tratamiento psiquiátrico o psicológico de forma continuada.

Durante todo el suceso, ANA sufrió un bloqueo de su capacidad de reacción ante un episodio de naturaleza sexual en el que no deseaba participar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – 1. Resumen de la prueba practicada.

Declaración de ANA.

Esta hace el relato de cómo, tras el ejercicio físico en el gimnasio, sintió dolor de espalda en la zona lumbar. Consciente de ello ANTONIO, que era el instructor del ejercicio, le ofreció hacerle un masaje para descargar la zona dolorida, un masaje deportivo en la camilla que existe en el gimnasio, en la planta superior. Una vez que comenzó el masaje, muy al principio, el acusado le desabrochó el sujetador. Pensó que sería normal dentro del masaje; después él le bajó sus leggins y notó que el acusado le metía la mano por debajo de la ropa interior, le tocaba las nalgas y le introducía un dedo en la vagina. Ella no le indicó con su mano que abordara zonas más íntimas: ella es gay. Entró en estado de shock, no pudo reaccionar, quedó paralizada. Luego le introdujo otro dedo más. Empezó a temblar y le preguntó si estaba nerviosa, ella no le contestó nada. Se sentó y todavía tenía puesto el sujetador, él le dijo que levantara las manos para quitarle la camiseta, ella no respondió, ni siquiera se movió, tenía mucho miedo. Él le levantó los brazos y le quitó la camiseta y el sujetador. Le lamió su

pezón derecho. Él se bajó los pantalones hasta la rodilla, entonces la puso hacia arriba y le volvió a penetrar la vagina con sus dedos, le agarró la muñeca derecha y le colocó su pene en la mano para que le masturbara. Él quería más cosas, sexo anal y ella dijo que no, le notó frustrado, puso la mano sobre su estómago y se inclinó sobre ella, le puso la mano izquierda bajo su oreja, le giró la cabeza hacia él y le puso el pene en la boca, como ella se quedó paralizada sin mover su cabeza, entonces él le movía el pene en la boca, sacó el pene y le dijo que se moviera, pero ella se negó por eso él le hizo el movimiento de su cabeza hacia su pene. Estaba con mucho miedo, pensaba que si se resistía le podría pasar algo. Ella movió la cabeza hacia atrás y pensó que si le dejaba hacer acabaría todo. A continuación, le cogió el pene para complacerle. Le quitó la mano y empezó a masturbarse él mismo, le preguntó que si podía eyacular en su boca y le dijo por favor no. Entonces eyaculó en su pecho y camilla. Salió a por un papel y la limpió, tirando en una basura el papel. Se fue ANTONIO a la recepción a cerrar, ella se quedó tumbada en la camilla, estuvo unos minutos en shock pensando, se vistió y se fue de la habitación, él la preguntó por dónde iba a salir, como él estaba en la salida principal ella salió por la trasera, con miedo de que la siguiese.

ANTONIO en ningún momento le preguntó por si le gustaba lo que hacía.

Después de salir llamó a su madre, fue a su casa y no se duchó, su madre había llamado a una amiga del gimnasio, fueron juntos a la policía. Le costó mucho relatar lo sucedido, sobre todo porque estaba su madre en el teléfono y acababa de sufrir un cáncer.

Con ANTONIO había estado en clase algunas veces, sobre todo los domingos. Después de los hechos fue a Gibraltar donde tiene familia y allí recibió tratamiento médico.

Declaración del acusado, ANTONIO.

Este refirió que después del ejercicio se quedaron algunos para hacer estiramientos, entre ellos ANA. Manifestó dolor lumbar y le hizo un examen en el mismo lugar del ejercicio, de pie, pero en esa posición es difícil conocer si hay una contractura. Entonces pensó que mejor sería darle un masaje en la sala que tiene una camilla y que estaba preparada para que los masajes se dieran por personal experto, y le dijo a ANA –a la que le seguía doliendo la espalda y que necesitaba descarga deportiva- que subiera a dicha sala.

Cuando subió el declarante, entraron en la sala y le pidió que se tumbara boca abajo en la camilla, ella lo hizo y se subió la camiseta hasta la mitad de la espalda y le indicó las lumbares, le dio la vuelta al dobladillo del pantalón y empezó. Ella le iba indicando la zona del dolor, la ayudó a desabrocharse el sujetador. Le indicaba con la mano cada vez más abajo hacia el glúteo, ya no era solo la zona lumbar por lo que, sino que la referencia era el glúteo, entendió que quería un masaje de otro tipo, más sexual o sensual y empezó a hacerlo ya no de forma deportiva, le preguntó si le gustaba y le dijo que sí, entonces le dio un beso en la mejilla y en los labios.

Subió la mano y le fue a dar un beso en la mejilla y le pareció que estaba nerviosa. Le preguntó si había algún problema y le dijo que no, pero era la primera vez. Entonces le dijo no vamos a hacer nada que tú no quieras, ella se sentó en la camilla, le abrazó ella a él por el cuello, totalmente vestida, se había bajado de nuevo la camiseta. Cuando se volvieron a separar le dio un beso en la mejilla y se dieron un pico. Después le besó de una forma más pronunciada y pensó que era como una despedida. Por la intensidad mayor del beso empezó sin nerviosismo una serie de besos más intensos, sin nervios ya. Me tocó el culo, yo a ella le paleé los pechos, pasé la mano por debajo de su camisa, le preguntaba si le gustaba y la respuesta era tocarme el culo por debajo del pantalón.

Él tomó la precaución, más de lo habitual, de irle preguntando si le gustaba o quería que no siguiera y ella asentía o decía que sí y ya no la volvió a ver nerviosa. De haberle dicho que no quería o intuirlo él no habría pasado nada más.

Ella siguió sentada y él de pie, pero luego se pusieron los dos de pie. Se tocaban. Se volvió ella a acostar en la camilla. Él la masturbaba a ella y a sí mismo. Ella comenzó a jadear y ella intentó masturbarle. Lo intentó pero por la posición o por falta de experiencia paró; ella acercó la cara a su pene y entendió que quería sexo oral, lo cual hizo. Le estimulaba los pechos y el clítoris. El sexo oral también paró por incomodidad de postura o por inexperiencia. Le preguntó si quería sexo anal y dijo que no. Duró poco el sexo oral, sacó el pene de su boca y terminó él con la masturbación. Le preguntó si podía eyacular dentro de su boca, ella le dijo que no y salió haciéndolo sobre la axila y en el hombro y la camilla. Y ahí terminó todo.

Fue a por papel para limpiar, le hizo chiste de si había mejorado el dolor lumbar. Le preguntó por qué salida quería irse. El cerró la otra puerta y cuando fue a la puerta por la que salió ANA se había ido, le sorprendió que no hubiera esperado.

Esta situación no cree que es normal, a él es la primera vez que le sucedía. Llegó a introducir algo el dedo en la vagina, no simulando la penetración de un pene. Pero sí le estimuló toda la zona. En todo momento le

contestaba ella que sí le gustaba lo que le hacía y que le gustaba salvo en los dos momentos que dijo que no quería sexo anal y que no eyaculara en su boca. Solo estuvo tensa en el momento que ha descrito.

Ese mismo día habló con Juan varias veces. La primera mientras comí con su mujer y con la familia de su mujer por lo que le dijo que no había pasado nada. En un segundo momento le llamó Juan indicando que le iban a denunciar y le contó lo sucedido.

Cuando subió a la sala había varios usuarios. La puerta estuvo abierta.

No hubo ningún momento de fuerza física ni de intimidación, al contrario, fue cuidadoso y delicado sobre todo porque le dijo que era su primera vez.

Ella respondía con gestos o verbalmente; no percibió que estuviera en shock, las dos negativas fueron respetadas.

No escondió ningún papel de los impregnados con restos de lo sucedido. Lo dejó allí, en la papelera.

Juan.

Era socio en el gimnasio y amigo del acusado. El día de los hechos se enteró de lo sucedido por Encarna, quien le llamó y le comunicó que ANA le había referido que le había sucedido algo de carácter sexual que no la había gustado. Juan llamó a ANTONIO y le manifestó lo que le estaban contando, ANTONIO contestó que no había sucedido como le habían dicho a JUAN. Este llamó a Encarna y le manifestó que no había sucedido así, entonces Encarna le dijo que si expulsaba a ANTONIO volverían al gimnasio. Incluso condicionaban la denuncia al despido de ANTONIO.

En una segunda llamada con ANTONIO, le refiere lo que le dice Encarna y acepta. Pero después Encarna le manifiesta que ya han puesto la denuncia.

El trato con ANA era frecuente, ella iba mucho al gimnasio. Tenía problemas de dolor en la espalda. También conocía a Encarna, más que a ANA.

En el gimnasio sí hacen masajes con manipulación.

Encarna

Conocía a ANA del gimnasio, ambas iban todos los días. Tuvo relación con ella hasta el juicio anterior, a partir de entonces mantiene relación con sus padres.

ANA era muy tímida, retraída, a veces la veía llorando, había problemas de comunicación por el idioma, tenía problemas personales ya que ella no hablaba apenas español y la declarante no habla inglés bien.

El gimnasio era lo único que tenía ANA aparte de la universidad, su único modo de relación. Ambas iban asiduamente. Tenían ambas relación con Juan, ANTONIO apenas les había dado clase.

La declarante era la única persona conocida para ANA en España.

ANA se llevaba bien con Juan ya que éste sabe inglés. ANTONIO no sabe inglés, pero no es problema para la comunicación en las clases porque son cuestiones sencillas, de técnica.

En marzo de 2020 se defendía en castellano, le costaba. ANA estaba triste porque su madre estaba enferma de cáncer, porque era la primera vez que se alejaba de la familia, estaba en un piso en que no estaba a gusto; cuando cambió a un piso con otra persona le fue mejor.

Para ANA el gimnasio era la única manera de hacer algo diferente a ir a la universidad y volver de ella, ya que no conocía ni se relacionaba con nadie.

En la época de los hechos se hacían masajes en una camilla, pero no sabe cómo estaba organizado, ni si se daban masajes formalmente. La declarante no había recibido ninguno.

ANA tenía una lesión en la espalda. En una ocasión la acompañó al ambulatorio por el dolor.

El día de los hechos, antes de la manifestación [del 8 de marzo] ANA le envió unos WhatsApp y luego hablaron por teléfono. En los mensajes le relataba que había tenido una mala experiencia en el gimnasio, que habían abusado de ella, no le decía con quién, en la llamada tampoco. ANA estaba asustada, como incierta, aturdida, no sabía realmente lo que le había pasado. Quedaron, la encontró llorando, se fueron a hablar, pero debido a los problemas con el idioma llamaron a la madre de ANA y ésta le iba traduciendo. ANA no reaccionaba, la llevó a casa, donde la acogió un día y medio.

Le relató ANA lo sucedido, que ella (ANA) pensaba, mientras sucedía, que *me quedo inmóvil y espero a que acabe*. Le pareció creíble el relato por cómo era ella, la situación, que no había motivo para que denunciara falsamente.

Esta llamada sería sobre las 13; la declarante llamó a Juan y le pidió explicaciones. Juan se quedó sorprendido. Le exigió respuestas inmediatas. En la segunda llamada Juan le dice que ha hablado con la persona que estaba en el gimnasio (ANTONIO) y que había sido un malentendido entre los interesados. ANA le manifestó que quería volver al gimnasio, pues con Juan se llevaba bien. La declarante entendió que ANA quería volver, pero no estando ANTONIO, esto era idea de la declarante.

La decisión de poner la denuncia no la podía tomar la declarante. Sabe que ANA era lesbiana, y poco más. Muy solitaria y suya.

Nunca vio que ANTONIO hiciera nada con ANA, era más próximo que Juan. Nunca más ha vuelto al gimnasio, piensa que no se portaron bien.

Estando en casa de la declarante el día y medio que pasó en su casa, la vio con el WhatsApp y la vio sonreír, no le gustó.

Pericial forense de Benita y Vicenta.

La vieron el mismo día 8, directamente con la víctima. En la exploración psicopatológica se encontraba abatida, seria, contenida. El estado de ánimo era decaído, tono de voz hipofónico, es una mujer poco expresiva. Refería sentimientos de bloqueo, irrealidad, *esto no me ha podido pasar a mi*. Estaba nerviosa, en los momentos críticos le temblaba la voz, les relató los hechos.

Les manifestó que se encontraba en shock, no podía hablar. Esto se traduce en bloqueo, no poder pensar (ella lo decía).

En examen ginecológico no se encontró lesión. La introducción de dedos en la vagina no tiene por qué dejar lesión.

Los hallazgos de semen y de ADN en vulva y cavidad bucal son acordes con el relato de los hechos.

El estado que presentaba ANA era acorde y natural en relación con el relato.

El objeto de su actuación era establecer la congruencia de los hallazgos biológicos y restos físicos con el relato, y si había lesiones.

En el caso existía congruencia con el relato de la denunciante, y también con la declaración del acusado.

No les transmitió nada sobre una posible disforia en el momento de los hechos.

Pericial forense de DOLORES y de Emilia.

El diagnóstico de ANA fue de trastorno por estrés agudo. En el DSM V se exigen al menos 9 síntomas de 14 y presentaba 10. Se relaciona con una experiencia traumática, en ese caso era de carácter sexual.

Entre ellos, evitaciones cognitivas o de lugar, recuerdos involuntarios con sentimiento de culpa, se quedó bloqueada, se siente estúpida, sueños recurrentes, reacciones disociativas, subyugada, evitación de recuerdos, intento de escapar, alerta, vigilancia, falta de concentración, reacciones exageradas.

Estos síntomas se encontraban el 9º día de sucedidos los hechos.

En la situación de estrés que vivió el bloqueo es lógico, teniendo en cuenta el contexto. El bloqueo da lugar a que no se reaccione, a que no se entienda lo que sucede, siendo además su primera experiencia sexual. Manifiesta que esperó a que terminara todo para que acabara la situación. Es una persona introvertida y por eso es más probable la pasividad.

Influyen las circunstancias y la inexperiencia más que la orientación sexual.

Se describe una situación de disforia a los 17 años que ya finalizó y que no tiene relación con los hechos.

Después de los hechos, en Gibraltar, se sometió a un tratamiento.

Encontraron un nexo causal entre el estrés agudo y los hechos, no había otro estresor que lo explicara.

Es raro que aceptara relaciones sexuales con un hombre, en el contexto de ser ella lesbiana y ser la primera experiencia.

No hay nada que indique que la disforia permanece después del momento en que la padeció. Ella manifestó que era homosexual.

El estado de shock es compatible con las respuestas dadas a las solicitudes en que dijo no. Puede durar minutos o días; al desaparecer el estresor puede tomar decisiones: recogida de objetos, sus enseres, que no se ducha para mantener las evidencias. En el caso no se ve relación con hacer daño a la persona que se denuncia y por eso aparece lógico lo que hizo.

Ella hizo tratamiento psiquiátrico o asistencia en Gibraltar. Hay muchas formas de reaccionar a una agresión sexual. En el caso parece que recibió solo esa asistencia. No se puede generalizar.

ANA puso tierra de por medio, se fue a Gibraltar.

Pericial de Pura y Estrella.

Son psicóloga forense y psicóloga clínica.

Ante la no manifestación del consentimiento o del no consentimiento es difícil que se pueda conocer si se consiente. Hay dos conductas que dice que no quiere y se respeta, lo mismo que dice que no a unas cosas pudo decirlo a otras. No hay manifestación gestual de negativa, además en un momento le masturba. También hay observación del estado de la víctima, pues la notó nerviosa y coinciden en que sí se manifestó. Aunque pudo haber poca comunicación sobre la voluntad algo sí había. El acusado es muy difícil que percibiera que no consentía. Es extraño que se negara a algo en situación de miedo que relata la víctima. Es más fácil decir no al principio que más tarde.

No es compatible el estado de shock con que hiciera determinadas cosas como recoger la ropa, salir y no ducharse, que son las conductas lógicas en quien ha sufrido una agresión y ha estado en shock.

Del mismo modo que se manifestó en dos ocasiones diciendo no, pudo hacerlo con el resto de lo sucedido. Llama la atención que no se cerrara la puerta a pesar de haber personas, que no escondiera el papel manchado. Todo ello no va en la dirección de que no hubiera consentimiento.

No tuvo tratamiento en Gibraltar, solo le dan Lorazepam si lo necesita. No consta más tratamiento. El shock no permite el pensamiento claro; sin embargo, ella realiza acciones adecuadas.

La evitación fóbica es síntoma de estrés postraumático. Sin embargo, quiere seguir en el gimnasio. Hay incoherencia en lo que dice que le sucede y lo que hace.

Disforia es la alteración del estado del ánimo. En el caso tuvo que ver con su orientación sexual.

Aunque fuera gay se puede tener deseo sexual con una persona del otro sexo. Puede ser que intentara probar una relación para averiguar su verdadera orientación. En el caso puede ser compatible que quisiera tener relaciones con un hombre; en el caso pudo arrepentirse de la relación y mezclarlo con que piense que no debería haberlo hecho.

La disforia pudo influir en los síntomas que manifestó.

El método empleado por las declarantes es válido [utilizar para su examen el video de la entrevista de las otras psicólogas o de la declaración], en evitación de nuevas entrevistas con la presunta víctima con el fin de evitar nueva victimización. Basta con la entrevista realizada por una psicóloga y que se graba para que otras especialistas puedan realizar su pericia.

El comportamiento de ANA es poco compatible con el shock que manifiesta haber padecido.

El Lorazepam no se lo pautaron, sino fue indicado como caso de *si precisa*.

La disforia fue a los 17 años, lo consideran en su informe como un antecedente.

En adolescentes y adultos jóvenes no es infrecuente que se lleven a cabo relaciones con personas del otro sexo para verificar su orientación. El ser gay no impide consentir en relaciones con personas del otro sexo.

2. Valoración de la prueba.

2.1. Los medios de prueba primarios vienen constituidos en el caso por las declaraciones de los únicos intervinientes en los hechos, que son ANA y ANTONIO.

Estas declaraciones son parcialmente coincidentes y a la vez profundamente divergentes, al punto de existir radical incompatibilidad entre ellas. El examen que sigue a continuación se basa en el derecho a la presunción de inocencia, como derecho fundamental que ampara al acusado. La presunción de inocencia (i) obliga a la acusación a acreditar los hechos que configuran el tipo delictivo, (ii) y hacerlo mediante pruebas aptas que lleven a la convicción, más allá de cualquier duda razonable, de la autoría de los mismos, de modo que la hipótesis de la defensa quede desvirtuada por la prueba de cargo.

En palabras de la STS de 17 de noviembre de 2022 (ROJ: STS 4466/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4466), *La presunción de inocencia no exige, sin riesgo de desnaturalizar su ontológica dimensión político-constitucional como garantía de la libertad de los ciudadanos y límite al poder de castigar del Estado, que la hipótesis alternativa defensiva se acredite también más allá de toda duda razonable, como una suerte de contrahipótesis extintiva o excluyente de la acusatoria.*

Para que despliegue efectos el componente reactivo del derecho a la presunción de inocencia basta con que la hipótesis de no participación -la específica identificada por la defensa o la genérica de la que parte toda persona acusada por el simple hecho de serlo- goce de un umbral de atendibilidad suficiente para generar una duda epistémica razonable. Esto es, una duda basada en razones, justificada razonablemente y no arbitraria.

La consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria.

Mientras la condena presupone la certeza de la culpabilidad, neutralizando la hipótesis alternativa, la absolución, insistimos, no presupone la certeza de la inocencia sino la mera no certeza de la culpabilidad. La absolución no se deriva de la prueba de la inocencia sino de la frustrada prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable. De ahí que una hipótesis exculpatoria mínimamente verosímil arruine la probabilidad concluyente -la conclusividad- que exige el mencionado estándar -vid. STS 229/2021, de 11 de marzo, 139/2022, de 17 de febrero-. [Destacados de este Tribunal]

2.2. La versión de ANTONIO consiste en que es ANA quien le insinúa que el masaje adquiera contenido sexual, pues le indica que continúe hacia más abajo de la zona lumbar y prosiga hacia el glúteo y la vagina. Que toda acción sexual fue consultada y continuada solo en caso de asentimiento. Que en dos propuestas concretas ANA dijo no, lo que fue respetado por ANTONIO.

En cambio, la versión de ANA niega toda insinuación sexual con indicaciones suyas en ese sentido durante el masaje; más bien es la sorpresa ante la sexualización del masaje que ella esperaba que fuera exclusivamente deportivo, el bloqueo que le genera la acción en la que ANTONIO le masajea los glúteos y le introduce los dedos en la vagina, el miedo que le entra, los que le llevan a no decir nada, quedarse paralizada, y decir no a la propuesta de penetración anal y a la de eyaculación en su boca. Y niega asimismo comunicación durante la acción de ANTONIO, con excepción de los noes referidos.

2.3. Es preciso atender a los medios indirectos de prueba para sopesar la fiabilidad de una y otra propuestas, es decir, es preciso analizar todo el cuadro probatorio en su conjunto.

2.3.1. En el caso de la acusación, se acude a la declaración de Encarna y a las periciales forenses.

A Encarna, ANA le envía unos mensajes de WhatsApp y le llama por teléfono inmediatamente después de ocurridos los hechos, y después también de que hubiera llamado a su madre y hubiera tenido una larga conversación con ella, en la que le relata lo sucedido. Encarna la encuentra asustada, aturdida, incrédula, como incierta, no sabía realmente lo que le había pasado.

Las forenses que la examinan el mismo día la encontraron en la exploración psicopatológica *abatida, seria, contenida. El estado de ánimo era decaído, tono de voz hipofónico, es una mujer poco expresiva. Refería sentimientos de bloqueo, irrealidad, esto no me ha podido pasar a mí. Estaba nerviosa, en los momentos críticos le temblaba la voz, les relató los hechos.*

Las forenses que la examinan posteriormente (9 días después) le diagnostican trastorno por estrés agudo, estableciendo hasta 10 (son necesarios 9 al menos) ítems de los 14 que el DSM V exige para el diagnóstico de dicha patología.

2.3.2. La defensa se apoya como medios indirectos en la declaración de Juan y las periciales de Pura y Estrella.

El primero, como dato significativo, aportó que Encarna le comunicó que, si despedía a ANTONIO del gimnasio, no le denunciarían.

Las peritas establecen varios parámetros que, a su juicio, desacreditan la declaración de ANA.

Así, el shock no sería compatible con que realizara conductas *acertadas* que exigen frialdad, como recoger sus enseres, ir a casa y no ducharse, pretender volver al gimnasio en lugar de realizar conductas evitativas. El shock y el miedo tampoco podría compaginarse con las ocasiones en que ANA se niega a determinadas propuestas sexuales. Y consideran que el hecho de que la primera ocasión fuera con un hombre no se opone a su orientación sexual, sino que es normal.

2.4. A juicio del Tribunal, la hipótesis de la acusación es fiable en alta medida. Se ve respaldada por la realidad circundante, en el sentido de que ana esperaba un masaje deportivo, por un hombre del que no había motivo para esperar otra cosa, primero por ser hombre (ella es gay), segundo porque se vio sorprendida por vías de hecho consistentes en que le bajara los leggins y le metiera la mano hasta su vagina; el efecto producido en ella que se describe como shock y bloqueo es confirmado por las forenses que la examinan el mismo día y su estado de ánimo aturdido y confuso es comprobado por Encarna. Inmediatamente de salir del gimnasio acude a sus próximos (llama a su madre, escribe a su amiga), denuncia los hechos y pone tierra de por medio, yendo a casa de su abuela en Gibraltar, donde acude al médico.

Además, soporta un trastorno por estrés que le es diagnosticado, y que las médicas forenses ven compatible con su relato.

2.5. En un contexto como el que se describe en autos, que no se podría calificar como contexto sexual favorable para ANA, la hipótesis de la defensa obliga a aceptar la idea de que ANA, que esperaba un masaje de descarga deportiva, mujer sumamente introvertida, joven e inexperta, a la que le gustan las mujeres, se insinuara sutilmente a ANTONIO, al que apenas conocía y con el que no le unía ningún vínculo y además tenía problemas de comunicación por el idioma, indicándole que masajeara sus glúteos y aceptara la continuación en la vagina. Que respondiera afirmativamente a propuestas de avance en el terreno sexual, negándose a otras, incluso que mostrara cariño en un abrazo que invitaba a continuar.

Al Tribunal le parece que lo que obliga a aceptar como cierto la tesis defensiva es, en el conjunto probatorio analizado, poco o nada razonable y poco o nada fiable.

2.6. El testimonio de ANA reúne a nuestro juicio los caracteres de permanencia, coherencia y credibilidad subjetiva.

Llamamos la atención sobre un hecho importante, que es que la versión de ANTONIO deja sin explicar, si tan placentero y respetuoso fue el encuentro, la razón por la que ANA le denunció. No encontramos nada que nos haga pensar en venganza, nada que haga pensar en un malentendido, tampoco en otras razones como un posible arrepentimiento personal.

Por el contrario, las actuaciones de ANA son plenamente coherentes con lo vivido por ello como abuso, el shock y el bloqueo, que quedan reflejados en los análisis forenses, en el diagnóstico, en el estado de ánimo que Encarna y las forenses aprecian ese mismo día.

2.7. El relato de ANTONIO no deja lugar a la duda sobre su percepción de los hechos. Es decir, no puede manifestarse que pudiera haber error sobre el consentimiento de ANA, puesto que –según él- siguió la insinuación de ANA sobre el cambio de naturaleza del masaje, le preguntó constantemente sobre si le gustaba esto y aquello, y los noes fueron respetados.

Más bien, pensamos, a partir del análisis racional de la prueba que venimos haciendo explícito, que las preguntas no existieron, que no se insinuó ANA, y que las negativas a las formas más extremas de interacción sexual –sexo anal y eyaculación bucal, propuestas cuando ANTONIO ya sabía que era la primera vez de ANA - tuvieron lugar justamente porque se le dio opción a ANA a pronunciarse, lo que no significa que las demás acciones unilaterales hubieran sido aceptadas. Se reprocha al acusado que no hubiera preguntado también cuando decidió masajear las partes íntimas de ANA, para asegurarse de su consentimiento, pues este no aparece en ningún momento.

2.8. Las conclusiones de las médicas forenses aludieron a la variedad posible de respuestas humanas ante estresores como los descritos en autos, y mantuvieron en el ámbito de lo compatible con el relato y las reacciones de ANA cuantas consideraciones les hizo la defensa.

Frente a ello, se presenta la pericial de Pura y Estrella en las que se valora de forma binaria lo sucedido. Decimos de forma binaria porque, lejos de las incertidumbres que provoca el comportamiento humano y las reacciones psicológicas, concluyen tajantemente y afirman la imposibilidad de que ANA dijera la verdad.

Según esta pericial, es imposible que en shock recogiera sus enseres del gimnasio, que decidiera no ducharse, que se negara a comportamientos sexuales propuestos, que quisiera volver al gimnasio, que pese al bloqueo y la reacción psíquica no haya recibido tratamiento.

A juicio de las peritas, la disforia sufrida a los 17 años seguiría actuando en el ánimo de ANA –aspecto negado por las forenses-.

En definitiva, según estas peritas, no hubo shock ni bloqueo sino consentimiento libre.

Pero estas conclusiones nos parecen carentes de perspectiva científica, se basan en datos no verificados, son más bien alusiones a la experiencia común que contrastan con las valoraciones mucho más matizadas de las peritas forenses, a las que ya hemos aludido.

2.9. ANA en su declaración se refirió al miedo que sintió, a que estaba asustada. Parece que, al encontrarse sola en el gimnasio, en situación de inferioridad ante la corpulencia de ANTONIO en la camilla, al que sintió frustrado por las negativas, pensó que realmente podía sucederle algo, decidió dejar hacer para que acabara cuanto antes aquella situación no deseada por ella. Así lo reflejó también en los mensajes enviados a Encarna.

Este factor es también considerable y comprensible. A la sorpresa que ya hemos detallado, la situación que describimos tuvo que cohibirla aún más.

2.10. Como conclusión, consideramos plenamente fiable la declaración de ANA. En sí misma reúne los caracteres exigidos para los supuestos de declaración de testigo que constituye única prueba de cargo: ha persistido a lo largo del tiempo (aunque a esta segunda sesión de juicio no acudió y hubo de utilizarse la declaración prestada con carácter de prueba preconstituída). No hemos hallado ningún factor de interés contrario al acusado, ninguna causa espuria para la denuncia; tampoco incoherencias que resten credibilidad objetiva al relato.

Los medios indirectos de prueba, a través de las declaraciones de Encarna y de las periciales forenses, ratifican esa fiabilidad y configuran un cuadro probatorio de cargo que despeja cualquier duda razonable sobre la realidad de lo acontecido, coincidente con lo manifestado por ANA. En este sentido, la manifestación de Encarna sobre que la vio sonreír a ANA mientras utilizaba el WhatsApp, visión que no le gustó, en nada contradice las conclusiones que se vienen exponiendo.

La versión alternativa de ANTONIO supone la negación de los factores de cargo relevantes que hemos analizado, y lo hace sobre medios indirectos de prueba escasamente reveladores. Así, las conclusiones de la pericial presentada por su defensa son tratados como axiomas que desafían la variedad posible de reacciones aceptada en el marco del comportamiento humano. Sin apoyo científico alguno, niegan que una persona esté en shock y realice determinadas conductas, o que establezca límites. Declaran de forma no razonable la incompatibilidad de querer volver al gimnasio (algo que nunca hemos oído decir a ANA) con el trauma que se dice sufrido.

SEGUNDO. – Calificación jurídica de los hechos.

Los hechos declarados probados constituyen un delito de abuso sexual previsto en el artículo 181.1 y 4 CP, y son de aplicación los artículos 192.1 en relación con el artículo 106.1 j) CP, conforme a la normativa vigente en el momento de los hechos, toda vez que la vigente en la actualidad tras la reforma operada por la LO 4/2023, de 27 de abril mantiene la misma penalidad para los hechos en cuanto a la privación de libertad, si bien añade otras penas accesorias.

Conforme al artículo 181.1 CP,

El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

Como se ha explicado a lo largo de esta sentencia, valoramos que en la acción de ANTONIO no contó con el consentimiento de ANA. Realizó los tocamientos de indudable contenido sexual llegando a introducir dos dedos en la vagina, lo hizo reiteradamente; también introdujo su pene en la boca de ANA y continuó su acción hasta eyacular sobre ella, que yacía en una camilla.

La cuestión del consentimiento es clave en el debate sobre los abusos y las agresiones sexuales, al punto de que la regulación fue modificada con el fin de dar cabida a una concepción en la que solo cuando es positivo y expreso es apto para el mantenimiento de relaciones sexuales verdaderamente consentidas en términos de la regulación penal.

En la redacción que tenía el CP en el momento de los hechos, sobre la que ha versado la discusión en el presente juicio, el consentimiento también era necesario para que las relaciones fueran lícitas. Ya hemos reflexionado sobre la prueba en el sentido de que ANA no consintió, sino que se vio ante la imposición de una relación sexual ante la que simplemente no reaccionó. Se trata en consecuencia de un supuesto típico en el sentido del artículo 181.1 y 4 CP por el que venía siendo acusado.

TERCERO. – Autoría.

De los hechos es autor el acusado conforme a lo establecido en los artículos 27 y 28 CP.

CUARTO. – Penalidad.

El apartado 4 del 181 CP establece una penalidad que abarca de 4 a 10 años. El Ministerio Fiscal solicitó la pena de 6 años de prisión en su escrito de acusación; la defensa, con carácter subsidiario y para el caso de condena, solicitó que se impusiera la pena de prisión de cuatro años.

Considera el Tribunal que el abuso estuvo nutrido de varias penetraciones con dedos en la vagina y con la introducción del pene en la boca. Esta pluralidad e intensidad de actuaciones debe tener reflejo en la pena a imponer, puesto que incrementa el desvalor de acción y el contenido de antijuridicidad merecedor de reproche, que la Sala considera adecuado a la culpabilidad en una pena de prisión de 4 años y 6 meses de prisión.

SEXTO. – Responsabilidad civil.

Se difiere a ejecución de sentencia el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil, a partir de la evaluación del daño moral y del daño psíquico que se evalúe.

SÉPTIMO. – Costas procesales.

En aplicación del artículo 123 CP y 239 y 240 LECrim se imponen las costas causadas al acusado.

Vistos los artículos citados

FALLO

CONDENAMOS A ANTONIO , como autor responsable de un delito de abuso sexual, ya descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **4 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, libertad vigilada por un periodo de 5 años de sometimiento a programas de educación sexual a cumplir con posterioridad a la pena privativa de libertad.

Diferimos a ejecución de sentencia el pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

Condenamos al acusado al abono de las costas procesales.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de **APELACIÓN** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 846 ter de la LECr).

El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por abogado/a y procurador/a, presentado en este Tribunal en el plazo de **DIEZ DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de su notificación.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el 22 de enero de 2024, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.