

Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 12 - 28035

Teléfono: XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Fax: XXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXX

N.I.G.: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Procedimiento sumario ordinario 131/2020

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid

Procedimiento Origen: Procedimiento sumario ordinario 2689/2017

Contra: D. JAVIER RODRIGO DE S. L.

PROCURADOR: D. ANTONIO PALMA VILLALON

FUNDACIÓN PADRE GARRALDA - HORIZONTES ABIERTOS

PROCURADOR: Dña. MARIA DOLORES HURTADO PORTELLANO

SENTENCIA Nº 506/21

Ilmos. Sres. Magistrados de la Sección 29ª

Dª PILAR RASILLO LÓPEZ (Presidente)

Dª LOURDES CASADO LÓPEZ (Ponente)

Dª MARÍA BEGOÑA CUADRADO GALACHE

En Madrid, a seis de octubre de dos mil veintiuno.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Vigésima Novena de esta Audiencia Provincial el procedimiento sumario nº 2689/2017 procedente del Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid, seguido por delitos de AGRESIÓN SEXUAL, contra el procesado D. JAVIER RODRIGO DE S. L., nacido en Burgos el día 4 de mayo de 1965, hijo de E. y de R., con DNI XXXXXXXXX con antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de libertad por esta causa, representado por el Procurador D Antonio de Palma Villalón y asistido de la abogada Dª Aurora García Pérez. Como responsable civil subsidiario Fundación Padre Garralda Horizontes Abiertos siendo su representante legal Dª Celia Ordoñez Gómez con DNI XXXXXXXXX representada por

la Procuradora D^a María Dolores Hurtado Portellano y defendido por el letrado D. Rafael Ruíz Reguant; como acusación pública, el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. D^a María Dolores Ramírez Gordillo; como Acusación Particular D. Mohammed Y. E. M. representado por la Procuradora D^a María Teresa Moncayola Martín y asistido del letrado D. Alberto Martín Castillo; como Acusación Particular D. Luis José M. S. representado por el Procurador D. José Luis Barragues Fernández y asistido del letrado D. Alejandro Gómez Selma; siendo Ponente de la presente resolución la Magistrada D. ^a Lourdes Casado López, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de:

-un delito continuado de agresiones sexuales del artículo 178, 179 en relación con el artículo 74.1 del CP

-un delito de agresión sexual del artículo 178 CP.

Considerando responsable de los mismos al procesado D. JAVIER RODRIGO DE S. L., concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP y solicitando una sentencia condenatoria a las siguientes penas:

-Por el primer delito la pena de quince años de prisión, accesoria de inhabilitación absoluta. Prohibición de aproximarse a Luis José M. S. a una distancia no inferior a 500 metros y comunicar con él por cualquier medio o procedimiento durante veinte años de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 CP. Procede imponer al acusado al amparo de los artículos 192 y 106.1 e) y f) y j) del CP, la medida de seguridad de libertad vigilada con obligación de participar en programas de educación sexual así como prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima durante el plazo de 10 años.

-Por el segundo delito la pena de cinco años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Prohibición de aproximarse a Mohammed Y. E. M. a una distancia no inferior a 500 metros y comunicar con él por cualquier medio o procedimiento durante diez años de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 CP. Procede imponer al acusado al amparo de los artículos 192 y 106.1 e) y f) y j) CP la medida de seguridad de libertad

vigilada con obligación de participar en programas de educación sexual así como prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima durante el plazo de cinco años.

Abono de costas procesales y que por vía de responsabilidad civil el procesado indemnice a Luis José M. S. en la suma de 30.000 euros y a Mohammed Y. E. M. en 6.000 euros en concepto de secuelas psicológicas derivadas de la agresión sexual, siendo responsable civil subsidiario la Fundación “Padre Garralda-Horizontes abiertos. Las citadas cantidades devengarán el interés legal de mora procesal previsto en el artículo 576 LEC.

La Acusación Particular constituida por **D. Mohammed Y. E. M.** calificó los hechos como constitutivos de dos delitos de agresión sexual previstos en los artículos 178 y 180.1.4º CP , siendo responsable de los mismos el procesado D. JAVIER RODRIGO DE S. L. concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 CP solicitando la pena de quince años de prisión, a razón de siete años y seis meses por cada uno de los delitos cometidos, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por cinco años y prohibición de acercarse a menos de 500 metros a D. Mohammed Y. E. M., a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar por el frecuentado y comunicarse con él de cualquier forma durante cinco años y abono de las costas procesales. La responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos contra Mohammed Y. E. M. en la cantidad de 3.000 euros por el daño moral causado de la que responde el procesado como responsable civil directo, artículo 116.2 CP y la Fundación Padre Garralda-Horizontes Abiertos como responsable civil subsidiario del art. 120.3º CP.

La Acusación Particular constituida por **D. Luis José M. S.** calificó los hechos como constitutivos de siete delitos de violación de los artículos 178 y 179 en relación con el artículo 180.1.4º CP, de los que es autor el procesado D. JAVIER RODRIGO DE S. L., en quien concurre la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 CP por haber sido condenado previamente mediante sentencia firme de 5 de mayo de 2.010 a la pena de cinco años de prisión por un delito de abusos sexuales con acceso carnal, la pena de noventa y cuatro años y seis meses de prisión a razón de trece años y seis meses de prisión por cada uno de los delitos cometidos, inhabilitación absoluta durante el

tiempo de condena y la prohibición de acercarse a la víctima a menos de 500 metros y comunicarse con ella por cualquier medio por un plazo de cinco años tras la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia. Y costas y que por vía de responsabilidad civil indemnice al perjudicado en la suma de setenta mil euros (70.000 euros) por los daños morales y las secuelas psicológicas derivadas de las siete agresiones sexuales sufridas por D. Luis José M. S., declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la fundación Padre Garralda-Horizontes Abiertos en virtud del artículo 120.3º CP.

SEGUNDO.- La **defensa del acusado**, en igual trámite, se mostró disconforme con la calificación del Ministerio Fiscal y de las Acusaciones Particulares, solicitando la libre absolucón para su defendido y subsidiariamente que no concurre la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 CP y que concurre la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP.

La entidad Fundación Padre Garralda-Horizontes Abiertos en calidad de responsable civil subsidiaria solicitó la libre absolucón para dicha entidad al haber actuado la Fundación, a través de su Patronato, órgano colegido de administración y decisión de la Fundación con total diligencia.

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que la Fundación Padre Garralda-Horizontes Abiertos ha gestionado entre otros, el proyecto “Javier-Vida en libertad” cuyo fin es la inclusión social de la población reclusa, para lo que se postulan como avalistas ante Instituciones Penitenciarias de reclusos sin arraigo familiar ni social en España para que éstos puedan pernoctar fuera de prisión en las viviendas administradas por la Fundación durante sus permisos, salidas, libertad condicional e incluso en los primeros momentos de la libertad definitiva. Para dicho Proyecto en el año 2017 la Fundación contaba con los siguientes inmuebles en Madrid:

- En la calle M. 134-136, donde pernoctaban los usuarios reclusos en segundo grado penitenciario, Javier I.

- En la calle M. 142 donde pernoctaban los usuarios reclusos en tercer grado penitenciario, Javier II.

-En la calle G. D., donde dormían reclusos en tercer grado que ya trabajaban o usuarios en libertad condicional, Javier III.

- Y donde pernoctaban ex reclusos en libertad definitiva, Javier IV.

JAVIER RODRIGO DE S. L., mayor de edad y con antecedentes penales computables, que luego se dirán, comenzó en el año 2014 a colaborar como voluntario en el citado proyecto, prestando asesoría jurídica a sus usuarios. En el año 2015 fue contratado laboralmente como educador en turno de tarde. En marzo de 2016 es nombrado coordinador de la casa Javier II y el 1 de marzo de 2017 es designado coordinador de todo el proyecto, es decir de las cuatro viviendas, cargo que ocupa hasta el día 2 de noviembre de 2017 fecha en la que es trasladado para encargarse de coordinar a los voluntarios del centro de Villanueva de la Cañada. El día 10 de abril de 2018 se acordó la extinción de la relación laboral habida entre el acusado y la Fundación tras la demanda de conciliación presentada por Javier Rodrigo contra la Fundación.

No ha quedado acreditado que los administradores de la Fundación conocieran en el momento de contratar al acusado como voluntario que había sido condenado por un delito de abuso sexual con acceso carnal por la Sección II de la AP Palma de Mallorca.

I.- Luis José M. S., mayor de edad nacido el 16 de agosto de 1990 en Tamayo (República Dominicana) cumplía pena de seis años de prisión en el Centro Penitenciario Madrid VI-Aranjuez y el 1 de febrero de 2016, alcanzado el segundo grado, empezó a disfrutar permisos penitenciarios, pero dada su falta de arraigo familiar y social en España, la Fundación Padre Garralda se erigió en su avalista ante Instituciones Penitenciarias, residiendo al menos desde febrero a junio de 2017 en las casas Javier I y Javier II durante sus permisos y salidas penitenciarias, siendo en ese momento el coordinador del proyecto el acusado, quien trabajaba en turno de mañana y/o tarde, si bien realizó cambios de turno a otros compañeros, pernoctando en la casa Javier I al menos en los permisos y salidas de Luis José M. S., así ocurrió durante el permiso disfrutado del 20 al 26 de enero de 2017, en el que el procesado realizó el turno de noche los días 20 y 21; durante el permiso disfrutado del 3 al 6 de febrero de 2017 el procesado realizó el turno de noche los días 3 y 4; en el permiso disfrutado del 24 al 27 de febrero el acusado realizó el turno de noche el día 24; en el permiso disfrutado del 3 al 9 de marzo, el acusado realizó el turno de noche los días 3 y 4; en el permiso del 31 de marzo al 3 de abril, el acusado realizó el turno de noche el día 2 de abril; en el permiso disfrutado del 21 al 27 de abril, el procesado realizó el turno de noche el día 21;

en el permiso del 28 de abril al 3 de mayo, el procesado realizó el turno de noche el 30 de abril y el 1 de mayo y en el permiso de 8 y 9 de julio el procesado realizó los respectivos turnos de noche.

No ha quedado acreditado que JAVIER RODRIGO DE S. L. en estas ocasiones, por la noche y aprovechando su condición de coordinador del programa, obligara a Luis José M. S. a mantener relaciones sexuales no consentidas amenazándole con retirarle el aval o con regresarle a su país de origen. Tampoco que en día indeterminado y cuando Luis José se encontraba en Javier II le arrastrara hasta el cuarto de baño y realizara actos de contenido sexual no consentido bajo amenaza.

II.- D. Mohammed Y. E. M., mayor de edad, nacido en Marruecos el 20 de junio de 1988 cumplía pena de prisión en Soto del Real y en el año 2015 comenzó a disfrutar de permisos penitenciarios, residiendo desde mediados de 2015 en la casa Javier I. En uno de los permisos concedidos a Mohammed y en concreto el día 8 de noviembre de 2016 JAVIER RODRIGO DE S. L. le llevó por la noche a su domicilio sito en la localidad de Alcobendas, en el cual cuando ambos se encontraban sentados en el sofá del salón, JAVIER RODRIGO DE S. L. cogió a Mohammed la mano y la llevó hacia su pene al mismo tiempo que tocaba con su otra mano el pene de Mohammed, y le daba besos en la cara y en el cuello, pretendiendo mantener relaciones sexuales con él, siendo rechazado, invitándole a continuación a dormir con él. No ha quedado acreditado que el procesado se introdujera en la cama de Mohammed ni que le realizara otros actos de contenido sexual.

III.- JAVIER RODRIGO DE S. L. ha sido condenado por Sentencia firme de 5 de mayo de 2010 de la Sección 2 de Audiencia Provincial de Palma de Mallorca como autor de un delito de abusos sexuales cometido el 1 de octubre de 2007 a la pena de cinco años de prisión cumplida el 6 de febrero de 2016, prohibición de aproximarse a la víctima durante ocho años cumplida el 21 de octubre de 2016, pena de prohibición de comunicación con la víctima, cumplida el 21 de octubre de 2016.

IV.- JAVIER RODRIGO DE S. L. fue detenido el día 4 de diciembre de 2017 y puesto en libertad por Auto de 5 de diciembre de 2017 del Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid que acordó la libertad provisional sin fianza con la obligación de comparecer cuantas veces fuera llamado, con prohibición de aproximarse a las personas denunciadas, Luis José M. S. y Mohamed Y. E. M. a una distancia inferior a 500 metros, así como a comunicar con ellos por cualquier medio, aproximarse a las cuatro

casas pertenecientes a la Fundación Padre-Garralda-Horizontes Abiertos y relacionados con el denominado Programa-Javier, a menos de 500 metros, hasta que se dictara resolución firme.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados se desprenden de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral bajo los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación.

Tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Supremo vienen resaltando de modo incesante que la presunción de inocencia constituye un derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías, y que sólo pueden considerarse auténticas pruebas de cargo las practicadas en el juicio oral con observancia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad (por todas, STC 166/1999 y STS 43/2004). También señalan que la declaración de la víctima del delito, practicada en el juicio oral con las necesarias garantías procesales, tiene la consideración de prueba testifical y como tal puede constituir válida prueba de cargo en la que puede basarse la convicción del juez (por todas, STC 64/1994 o bien STS 596/2007, RJ 2007\3967).

Por otro lado el principio *in dubio pro reo* se ha interpretado desde hace tiempo como la exigencia de que la condena vaya precedida de la certidumbre de la culpa, pues la duda en el ánimo del juzgador debe conducir a la absolución. Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "*in dubio pro reo*" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida como signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado (STS de 26 de febrero de 2013).

SEGUNDO.- HECHOS RELATIVOS A LUIS JOSÉ M. S.

PRUEBA PRACTICADA

Contamos con la declaración del denunciante, Luis José M. S., cómo única prueba directa de los hechos denunciados, pues el acusado JAVIER RODRIGO DE S. L. los niega, afirmando que no ha mantenido relaciones ni contactos sexuales con Luis ni consentidos ni in consentidos. Y dadas las circunstancias en que el denunciante manifiesta que ocurren no hay testigos presenciales, por lo que procede analizar si concurren los presupuestos necesarios para que pueda constituir auténtica prueba de cargo, para lo que vamos a analizar las distintas ocasiones en que ha prestado declaración, para a continuación exponer el resto de prueba practicada que esta Sala considera relevante y su valoración.

A.- LUIS JOSÉ M. S. acude a comisaría de UFAM a las 17:00 horas del día 19 de octubre de 2017, derivado de la Comisaría de Villaverde a la que se había presentado en la tarde del día anterior. Hace una primera declaración en la que explica su situación penitenciaria y el modo en que tuvo contacto con la casa de acogida que la Fundación Padre Garrada tenía en el distrito Puente de Vallecas, en concreto en la calle M. 134-136 en la que a grandes rasgos sitúa los hechos entre ocho y cinco meses previos a la denuncia, es decir entre febrero y mayo de 2017, el lugar: despacho de Rodrigo, que cerraba con llave y le obligaba a mantener relaciones sexuales consistentes en felaciones y penetraciones anales de Luis José a Rodrigo, siempre en contra de su voluntad, bajo amenaza de quitarle el aval con el que le concedían los permisos penitenciarios. Detallando que usaban preservativo; Que Rodrigo insistió en varias ocasiones en penetrarle analmente y que éste le realizara felaciones al dicente, negándose rotundamente indicándole que no era gay; Que no tuvo lesiones pero que si le ha afectado en sus relaciones heterosexuales con su pareja, necesitando ayuda psicológica; Que ocurrieron 8 o 9 veces.

El 25 de octubre de 2017 el Sr. M. S. amplió su primera declaración ante la UFAM y añadió el tema del wifi. Explicó que Rodrigo se lo retiró y él le pidió que le permitiera utilizarlo, contestándole que siempre estaban pidiendo favores pero que ellos no hacían ninguno cuando se les necesitaba, que le pidió tocarle el pene, que él ante la situación se echó a reír y entonces Rodrigo reaccionó con amenazas diciéndole que podía quitarle el aval y “volver a su vida de mierda”. Especificando que en la primera

ocasión él pensó que todo quedaría en un simple tocamiento, pero cuando le comenzó a tocar, le dijo que quería hacerle una felación, bajándole el chándal, entonces Rodrigo se la hizo y le pidió que le penetrara analmente, negándose Luis José, que Rodrigo saca un preservativo de uno de los cajones y se lo puso y le sugirió que pusiera un video pornográfico en el móvil. El día siguiente ante todos los demás decía que era un buen chico. Que unos meses más tarde cuando Rodrigo se convirtió en el “responsable absoluto del programa Javier” (1 de marzo de 2017) las amenazas se convirtieron en algo habitual, que iba a enviar un informe negativo para que volviera a prisión. Por ello explica que los hechos ocurrieron durante muchos meses sin concretar veces ni meses, pero siempre en horario nocturno y en el despacho. Y sitúa la última de las ocasiones, cuando a él le cambian a la vivienda “Javier II”, y Rodrigo aprovechó por la mañana, que la vivienda se encontraba vacía, para acercarse a la habitación de él y obligarle a introducirse en el baño, comenzando una felación, pidiéndole que le penetrara analmente, a lo que él no pudo más y se puso a llorar.

Tras sincerarse con alguno de sus compañeros decidió que no podía aguantar más la situación, atreviéndose a denunciar a la policía tras contárselo a una de las trabajadoras sociales, Carmen, quien le persuadió de denunciar.

Ciertamente no dijo que también se lo había contado a la trabajadora de Victoria Kent, pero no por ello deja de ser creíble.

En declaración judicial, practicada el 19 de diciembre de 2017, ratifica la declaración policial, narra los contactos previos con Rodrigo, y que cuando María Nieto deja de ser coordinadora y se va, Rodrigo comienza a “sacarle conversación” a decirle que podía ayudarle con sus problemas, que pasó un incidente con el wifi, y le dijo que quería estar con él, a lo que Luis José le indicó que no era gay y Rodrigo se enfadó. El primer hecho lo sitúa aproximadamente en el mes de febrero de 2017, porque ante la insistencia del Juez Instructor, se ve claramente que no puede situar los hechos temporalmente, ni en meses concretos ni con ninguna referencia, y así cree que fue en febrero la primera vez, que bajó por la noche, que le dijo que le dejara chupársela, que él se ríe ante la increíble situación, que se enfada y le amenaza con que volvería “a su vida de mierda”, le bajó los pantalones, le chupó sus genitales, y al día siguiente dijo que era buena gente y que había que ayudarles, dice que fueron 8 o 9 veces que le penetró, que veía películas porno en su móvil, que no eran consentidas, que lo hacía

porque le obligaba, le amenazaba con devolverle a prisión y explica la última vez, que le agarró del brazo, le bajó los pantalones, fue en el baño, empezó a llorar y le dijo que iban a acabar peleando.

A preguntas de por qué no lo denunció antes dice que tenía miedo, a volver a la cárcel o a su país, y porque en el momento de la denuncia trabajaba y podía pagar un abogado. Dijo que se lo había contado a M^a Ángeles, la trabajadora social del Victoria Kent. Preguntado por su teléfono dice que lo perdió y que el mensaje de apoyo a Rodrigo lo hizo porque él se lo pidió y porque le dijo que le querían matar.

Declaración en el acto del juicio oral: Especifica lo que ocurre en cada ocasión, que ahora concreta en seis veces en el despacho y la última vez en el baño de la casa Javier II. Cree que ocurre entre febrero y junio de 2017 aunque vuelve a reiterar que fechas no puede ser exacto, que ocurrió en meses diferentes en el año 2017 y salvo la última vez todas en el despacho de la primera planta y de noche. Que accedía ante el temor de volver a la cárcel o a su país, si le retiraba el aval y en concreto en cuanto a los hechos, tenía temor que le violara. Que el acusado repartía las camas y a él siempre le situaba en la cama cercana a la escalera.

Sitúa la primera ocasión, cuando le pide el wifi y sube a su habitación y el acusado lo apaga, entonces bajó y se lo encontró en paños menores “ustedes siempre piden favores, pero nunca los hacen”, le dijo, quería chupársela y le bajó los pantalones, con la amenaza que volvería a su vida de mierda, le indicó que mirara un video en el teléfono, apagó la luz y sólo quedó la del ordenador, le hace mamada, se empalma y hace su felación, le obliga a “correrse” y explica que Rodrigo estaba muy alterado como inyectado en sangre, los ojos, la cara, los dedos, y que Rodrigo mientras se masturbaba. Que al día siguiente dijo que era un ángel de luz, que era su hermanito pequeño.

La 2º vez que ocurrió muy próxima a la primera, estaba arriba y él le manda un mensaje WhatsApp, preguntándole como estaba y le indica que bajara que quería verle amenazándole con devolverle a “su vida de mierda” diciéndole que era preso y que no tenía derechos. En esa ocasión especifica que le dio un condón para que se lo pusiera y le dijo que o le penetraba a Rodrigo o éste lo iba a hacer con él.

La 3º vez reiteró la misma forma de iniciar, los mismos actos, el uso del teléfono, añadiendo que Rodrigo se ponía a cuatro patas en la cama, y le decía:”follame,

eres un fiero, quiero casarme contigo, no es que quieras, es por tu bien, quiero que te corras en la espalda” y se echaba en el suelo desnudo, masturbándose. Ocurrió cuando ya no estaba la otra coordinadora, María N..

La 4º vez era otro permiso y le dijo “dame duro, hasta el fondo, cállate, no me hables, métemela” que le puso un condón y que él mientras se masturbaba y limpiaba el piso.

Y así hasta en seis ocasiones en el despacho de Javier I.

Explica que la última vez él se enfadó, que empezó a hacer un curso de geriatría, que Rodrigo le dijo que se fuera a Javier II y que tenía que pagar. En concreto ese día, por la mañana, sobre las 11, él estaba durmiendo en Javier II, y el acusado aprovechando que no había nadie en la casa, “le jaló por la pierna y le llevó al baño”. Reaccionando Luis diciéndole que le soltara o le daba un machetazo en la cabeza y le llamó desgraciado y le dijo que ya sabía lo que iba a hacer con él.

En el acto del juicio oral Luis José explica que estos hechos se los contó:

- a la trabajadora social del CIS, Victoria Kent.
- a Carmen, educadora de la casa, que no le creyó, ni le orientó, traicionándole al contárselo a Rodrigo.
- a María de los Santos superficialmente.
- a su compañero Miguel Ángel F. B. pero no le dijo que fuera consentido.
- que Yassime le preguntó dónde había ido, le dijo que a UFAM, y fue con él.

El mensaje de apoyo (del 18 de julio de 2019) se lo pidió Sonia.

En cuanto a lo sucedido el 18 de octubre, Luis José explica que pidió la noche libre, pero pese a ello le llamó Carmen pidiéndole explicaciones. Que le llamaron al día siguiente, que le dijo a Marian del CIS que por favor le llevara al CIS y el 18 de octubre le dicen que le retiran el aval, cuando siempre había sido ejemplar, nunca problemas.

En cuanto al teléfono que utilizaba durante el periodo que ocurrieron los hechos, dice Luis José que era de un compañero, un tal “Morenai” y que tuvo que borrar todo. Pero que el que utilizó para grabar a Carmen se lo regaló su novia.

B.- DECLARACIONES TESTIFICALES:

1.- Luis José dice que acudió a Victoria Kent y se lo dijo a una tal Marian, se refiere a María de los Ángeles L. A., quien testificó en el acto del juicio y narra que

efectivamente Luis le dijo que pasaban cosas en el centro, que se lo contó por encima pero que ella en un primer momento no se lo creyó, que desde el día 1 de octubre Luis quería un cambio de aval de la institución a aval familiar con su novia con la que deseaba convivir, ante lo cual, aquella le dijo que se esperara, que tenía que hablar con su novia y su familia. Explica la testigo que en una tercera ocasión en que el propio Luis no estaba citado, acudió para hablar con ella, y estaba nervioso, le pidió ayuda, estaba muy mal, se sentía que abusaban de él sexualmente, le contó que Rodrigo en un principio se había portado muy bien con él, que le había dado un puesto de confianza y le había dicho que tenía que corresponder con los beneficios, que él pensaba que Rodrigo tenía mucho poder y se vio obligado a acceder a sus pretensiones sexuales porque en caso contrario creía que tendría que volver a la cárcel. En cuanto a las relaciones sexuales no las concretó, pero fueron en el despacho. En la tercera ocasión le creyó y le dijo que tenía que denunciarlo, coincidiendo con que a continuación habló con teléfono con Rodrigo y le dijo que había un informe de expulsión porque le había gritado, voceado y hablado mal, que no cumplía las normas, no recuerda exactamente el motivo. Concretando que fue el mismo día que Luis acudió a pedirle ayuda (la tercera vez) cuando el acusado a posteriori le dijo por teléfono que iban a retirar el aval a Luis José, pero que ella le explicó que no se podía retirar un aval hasta que él no tuviera otro y entonces le hicieron un cambio de aval.

2.- Miguel Ángel F. B., es uno de los usuarios del recurso de la Fundación Padre Garralda, a quien Luis se lo contó.

Narró en el acto del juicio oral que ha estado en todas las viviendas del programa, y que no ha tenido ningún problema con el acusado. Explicó que en una de las casas de Villaverde, Luis se sentó, comenzó a llorar y empezó a contarle que tuvo relaciones sexuales consentidas con el acusado y cuando fueron sin consentimiento comenzó a amenazar con informar a la prisión con las consecuencias que ello conllevaba. Que no le concretó los hechos pero que eran relaciones sexuales, felaciones y penetraciones, sin poder concretar quien se lo hacía a quien, en el despacho de casa, normalmente por la noche. Que la relación entre el acusado y Luis era muy buena, que él notaba que tenía un trato de favor, por ejemplo los permisos, las noches libres y que de repente cambió de ser un reo ejemplar a tener problemas y discusiones.

A preguntas de la Acusación Particular de Luis José, Miguel Ángel contestó que

Rodrigo también le había amenazado a él con retirar el aval, y que incluso le pedía dinero. Que cuando se lo cuenta Luis estaba destrozado, tenía estrés, se le caía el pelo. Y ante la contradicción con lo expuesto en comisaría “que fue por dinero” rectificó que también era por dinero, le había dado veinte euros. En declaración policial había dicho que habían sido bajo amenazas después de las relaciones consentidas.

3.-Declaró como testigo la novia de Luis José, Solanyis M. C. R., pareja de Luis José con quien tiene una niña. Contó que comenzaron una relación de pareja en febrero de 2017, que le notaba cambiado, nervioso, que cuando llamaba Rodrigo le tenía acosado, amenazado si no accedía le hacía un mal informe o a la cárcel o a su país, que ejercía mucha autoridad sobre Luis. Que en una ocasión José Luis le contó que le obligaba a tener relaciones con él, le tenía que hacer sexo oral, Rodrigo le ponía videos y también le obligaba a penetrarle, entre 3 y 5 veces, aunque no en todas le penetraba, le amenazaba y le decía que le debía favores, porque le daba el wifi, le dejaba salir, a cambio tenía que hacer lo que le decía. Solo hablaron una vez del tema, que fue dos semanas antes de la denuncia, que había pasado tiempo.

En cuanto a la testifical de los trabajadores de la Fundación Garralda-Horizontes Abiertos que desempeñaban su labor en Javier I y Javier II tras la celebración del acto del juicio oral quedó claro que había dos bloques diferenciados, uno que apoyaba y creía a Rodrigo y otro que personalmente estaba enfrentado a él y que han declarado todos y cada uno de ellos en función de su afinidad o animadversión hacia el acusado, a quien por otro lado todos califican como “autoritario” en el trato con los internos. Esta situación fue plasmada por el testigo Daniel O. M. que durante parte del periodo investigado, realizaba prácticas como criminólogo, explicando que tras la denuncia se vivía un ambiente polarizado en el centro, describiendo unas prácticas anómalas de retirar libros o cuadernos de anotaciones de la Fundación en vehículos particulares o de borrar correos o datos que obraban en los expedientes que fueron realizados a petición de María Gómez a solicitud del acusado.

4.- Es llamativo el testimonio de Carmen T. M., psicóloga educadora del programa, a quien cuenta Luis las relaciones sexuales que Rodrigo le obligaba a practicar y que no hiciera otra cosa que llamar a Rodrigo sin investigar o ponerlo en conocimiento de otras autoridades y sin embargo hace lo que denomina “informe” que queda unido a las actuaciones que no deja de ser una testifical de aquello que quiso reseñar y que ciertamente beneficiaba a Rodrigo. Sin representarse la probabilidad que

aquello que le estaban contando Luis José podía ser cierto con las graves consecuencias que ello acarrearía y lo que es más importante sin ponerlo en conocimiento de sus superiores.

Consta unida a las actuaciones la conversación telefónica mantenida entre Luis José y Carmen, en la que ésta le sugiere que se olvide del tema.

5.- María de los S. N. R., inicial coordinadora y educadora social tras el nombramiento de coordinador de Javier Rodrigo, explicó que Luis era un interno con buen comportamiento, que escuchó parte de la conversación telefónica del día 18 de octubre entre Luis y Rodrigo porque éste puso el manos libres y discutieron y Luis le dijo que iba a contar quien era él y cortó el altavoz. Fue testigo de la conversación entre M^a Ángeles del Victoria Kent y Rodrigo, quien llamó al CIS para la retirada del aval y aquella le indicó que no podía quitárselo hasta que no tuviera otro.

También explica que Luis le contó que había estado abusando de él y de otros chicos, y que le obligaba a hacer tocamientos y felaciones en el despacho y normalmente de noche. No concreta ni cuando se lo dijo ni cuando se enteró de la denuncia, pero al menos formalmente no consta que ella lo comunicara o lo denunciara a sus superiores. Dice que redactó quejas a los superiores: Vicente Z., Ricardo A. y a la directora de la Fundación, pero no consta acreditado en modo alguno que estos hechos tan graves narrados por un usuario del Programa fueran expuestos o que al menos se abriera una investigación o fueran comunicados, lo cual resulta sorprendente cuando parece que la testigo creyó a Luis.

6- Raquel G. R., voluntaria que realizó sesiones de reiki durante un año en el Centro, admitió que remitió a un grupo WhatsApp el mensaje que aparece unido al folio 226 de la causa, grupo que estaba formado por unas 80 personas entre usuarios y trabajadores y que en el mismo se hacía referencia a los antecedentes penales de Rodrigo, que lo hizo porque le sentó mal que a ella le hubiera exigido la carencia de antecedentes penales y después descubriera que Rodrigo los tenía y pese a ello era el coordinador de todo.

7.-La testigo Sonia G., trabajadora social, declara que tras la publicación del WhatsApp de Raquel, el 17 de julio de 2017 Luis le pregunta que si es verdad. De tal manera que se puede afirmar que al menos a partir de dicha fecha Luis conocía los problemas previos con la justicia del acusado.

8.- Alfredo P. A., psicólogo que trató a Luis José M., y que trabaja para el

Servicio de Atención a la Víctima, explica que le atendió en dos ocasiones, el 31 de octubre de 2017 y el 17 de noviembre de 2017. Que Luis José le contó que en el año 2017 había tenido 8 o 9 episodios de penetración anal a Rodrigo y de felaciones de Rodrigo a Luis, hechos que dice hacía bajo amenaza de retirarle el aval para obtener beneficios penitenciarios. Le vio afectado, con culpa, bastante ansioso y con ánimo bajo, tenía un miedo muy importante a que su pareja pensara que era homosexual y que le dejara. Calificó el relato de lógico, no recordando incoherencias.

C.- PRUEBAS PERICIALES.

1.- Contamos con el informe pericial elaborado por el Psiquiatra D. Pau Pérez Sales y la Psicóloga D^a Andrea Galán Santamaría, de fecha 14 de enero de 2021, aportado como documento 1 al escrito de calificación de la Acusación Particular constituida por D. Luis José M. S., señalan como objeto de la pericial la exploración de impactos y análisis de consistencia en relación con hechos objeto del procedimiento judicial llegando a la conclusión que “el relato de hasta siete episodios de abusos, incluyendo desde tocamientos hasta violación sexual, resulta consistente y verosímil acorde con criterios periciales de persistencia, impactos emocionales durante los hechos y al evocarlos, psicologías de credibilidad y fiabilidad, diagnósticos psiquiátricos y fuente de triangulación de información”. Indican que los hechos han provocado trastorno de estrés postraumático en remisión parcial a raíz de cambio de domicilio fuera de España y estabilización de relación de pareja, trastorno depresivo recurrente y cambios identitarios y transformación persistente de la misma, con consecuencias en su visión del mundo, en el modo de relacionarse con los demás, en la percepción de sí mismo y de su cuerpo y en la capacidad para proyectarse en el futuro.

2.- Por la defensa de JAVIER RODRIGO DE S. L. se aportó informe elaborado por el psicólogo D. Carlos Manuel Leal Leal y el psiquiatra D. José María Poveda de Agustín, que tiene por objeto evaluar el anterior informe aportado por la Acusación Particular del Sr. M., llegando a las siguientes conclusiones:

-Presenta deficiencias formales porque no tiene en cuenta información relevante.

-No existen datos objetivos en los que apoyar los datos subjetivos vertidos, por lo que no es posible poner en relación los resultados obtenidos con los supuestos de hecho y así poder llegar a explicaciones causales y conclusiones apropiadas, en la

exploración realizada y con la metodología aplicada.

Al acto del juicio oral comparecieron los cuatro doctores autores de sendos informes con el fin de contraponer y aclarar las diversas conclusiones alcanzadas. Exponiendo cada uno de ellos los métodos utilizados para llegar a las conclusiones presentadas. Aclarando los primeros que no entrevistaron al acusado ni examinaron la historia psicosocial ni médica de Luis José, ni el tipo de delito, que utilizaron 20 criterios diferentes y que no se trata de una conclusión subjetiva.

Se cuestiona por los segundos que no se ha evaluado la memoria del Sr. M. ni su salud mental, ni se han realizado pruebas de inteligencia ni proyectivas, que han llegado a conclusiones subjetivas no apoyadas en datos objetivos, explican que el Sr. M. S. a medida que va declarando va ofreciendo más detalles lo cual es paradójico, por ello entienden que quizá se trate de un relato construido, entienden que los hechos son de tal gravedad que lo normal es que no se olviden ni se mezclen y la primera y la última vez no se olvidan, porque los episodios tienden a empobrecerse y no a enriquecerse como en este caso. Explicando que el estrés y la depresión que se recoge que presenta el Sr. M. puede ser debida a otras concausas.

D.- PRUEBA DOCUMENTAL

1.- Consta en el libro aportado por la Fundación que Rodrigo ha pernoctado en el centro seis noches en febrero, dos noches en marzo, cuatro noches en abril, y una en mayo, no constando información desde el 23 de mayo hasta el 4 de julio y en julio ocho noches. En casi todas las ocasiones, mayormente se trata de fines de semana.

2.- Cabe destacar los Cuadernos de Incidencias aportados por la Fundación Garralda-Horizontes Abiertos, en concreto en lo que afecta a este procedimiento, reseñar las anotaciones que se hacen en las siguientes fechas:

Lunes 16 de octubre de 2017. Luis José a las 14:00 horas

Martes 17 de octubre de 2017. Carmen anota junto a LUIS JOSÉ “N/L”, que parece indicar noche libre.

Miércoles 18 de octubre RODRIGO escribe:

-12: 15 entra Luis José, previamente le llamé por haberse cogido noche libre cuando pidió día libre. No hay forma de que comprenda que libertad condicional con horizontes no es hacer lo que quiera. Ante las amenazas vertidas

retirada de aval, he llamado varias veces a su TS pero no contesta. Así que paso informe por email.

-18:08: Leemos mensajes que ha escrito LUIS JOSÉ a las 17:14. Los apunto en su historia para que quede constancia. Después de leerlo, lo llamo para comunicarle que puede venir a recoger el informe y le cuento lo que se ha hablado con su TS. Me interrumpe enseguida diciéndome que no le hemos dejado cambiar el aval familiar antes, que esta mañana no lo va a olvidar y que Rodrigo no lo olvide tampoco (tono amenazante clarísimo) va a buscar un abogado, un juez. Fiscal o a quien haga falta para que lo de esta mañana, no quede así, al ir a contestarle para calmarlo y mientras estoy comenzando a hablar me cuelga. Lo llamo a los 30 segundos y vuelve a colgarme. Son las 19:08 y no ha vuelto a dar señales de vida.

E. DECLARACIÓN DEL PROCESADO

JAVIER RODRIGO DE S. L. (Rodrigo) niega los hechos que le son imputados, explicó en el acto del juicio oral el funcionamiento de cada una de las casas del programa y la fecha en que comenzó sus tareas como voluntario y posteriormente como contratado, siendo a partir de 1 de marzo de 2017 que la fundación le nombra coordinador de las cuatro casas. Explica que desde el principio ya tuvo problemas con alguno de los trabajadores, que no tenía turnos nocturnos pero cuando se producían bajas él suplía las ausencias y por ello también hacía turnos de noche. Niega que mantuviera relaciones sexuales con ninguno de los usuarios, creyendo que la motivación de la denuncia de Luis José se debe a que desde que tenía novia, estaba todo el día pegado al teléfono, hablando con ella, y que cuando ésta vino a España, a medida que la relación con la novia se afianzaba, él no venía al centro ni avisaba. Que surgió un problema porque Luis tenía un día libre y no regresó por la noche porque interpretó que también la tenía libre, le llamó por teléfono para pedirle explicaciones y Luis le insultó y amenazó con contar a todo el mundo lo de sus antecedentes penales.

TERCERO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN RELACION A LUIS JOSÉ M. S.

Pues bien con este conjunto probatorio, volvemos a indicar que el testimonio del denunciante es la única prueba directa con la que contamos, pues lo declarado por los

testigos: agentes policiales, usuarios, trabajadores de la Fundación, trabajadora del Victoria Kent, novia del denunciante, psicólogos y psiquiatras, son testimonios de referencia que narran aquello que Luis José les contó.

El Tribunal Supremo en constante jurisprudencia ha venido estableciendo unos criterios orientativos para valorar la fiabilidad del testimonio de la víctima y estos son: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre el declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim.) o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que 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 (SSTS 1505/2003, de 13 de noviembre y 787/2015, de 1 de diciembre, entre otras).

No obstante, y tal como señala la STS de 7 de Octubre de 2005, no se trata de criterios que reediten una suerte de "prueba legal", ya que su mera concurrencia sin más no prueba y únicamente habilitaría al tribunal de instancia para entrar en la valoración crítica de la información probatoria.

También ha declarado la jurisprudencia -SSTS núm. 1222/2013, de 29 de septiembre, y núm. 1317/2004, de 16 de noviembre - que cuando la declaración del testigo-víctima es la única prueba de cargo existente es exigible una cuidadosa ponderación por los órganos judiciales a fin de valorar su credibilidad, pues en tal caso se produce una situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia, riesgo que se hace más extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso mediante la correspondiente denuncia y la sostiene

posteriormente a lo largo del proceso. Y añaden las Sentencias citadas que todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación. Por lo tanto, si bien el testimonio único de la víctima puede constituir prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, debe procederse a una cuidadosa valoración de dicho testimonio y a la comprobación de si existen o no razones objetivas que lo invaliden o que provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción.

Por lo tanto, no basta con que la víctima sea subjetivamente creíble y su testimonio incriminatorio persistente, sino que será necesario que concurra algún dato ajeno y externo a la víctima y a su declaración que sirva de elemento corroborador de lo declarado, máxime cuando tal dato corroborador existe o ha de existir y puede ser traído al plenario a través de la oportuna actividad probatoria. Y si ese elemento de corroboración no se prueba adecuadamente en el plenario no podrá hablarse de la existencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia del acusado, por muy verosímil que se presente, desde un punto de vista puramente subjetivo, el testimonio de la víctima. En este ámbito de doctrina legal, cabe citar la STS núm. 734/2015, de 3 de noviembre.

Por otro lado, la STS 646/2021 de 15 de julio, Pte Javier Hernández García, citando la STS 773/2013, de 21 de octubre nos recuerda que no se puede exigir a la víctima una rigidez en su testimonio, pues de haber existido podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación. Y precisa que: *“la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de éstas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas, cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio, pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la*

víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 511/2012, 13 de junio; 238/2011, 21 de marzo; 785/2010, 30 de junio y ATS 479/2011, 5 de mayo, entre otras). Y continua indicando que “ la prueba testifical, de forma coherente con el sistema de libre valoración de la prueba que inspira nuestro proceso, no se acomoda a unos rígidos clichés valorativos que actúen como inderogables presupuestos metódicos para la apreciación probatoria. La consolidada línea jurisprudencial que ofrece unas pautas basadas en la ausencia de incredibilidad subjetiva o en la persistencia de la incriminación, nunca ha perseguido convertir una prueba sometida, como todas, a la libre -y motivada- valoración, en una prueba legal. Esas pautas no tienen otra finalidad que la puramente didáctica, con el fin de ordenar y sistematizar el contacto de las Audiencias con una fuente de prueba tan relevante en el proceso penal (STS 1070/2011, 13 de octubre).”

Aplicando dicha doctrina jurisprudencial al testimonio del denunciante Luis José M. S. advertimos varias cuestiones.

En primer lugar no se pone de acuerdo en el número de veces que ocurrieron los hechos: ante agentes policiales, Juez Instructor y psicólogo Alfredo Pardeiro Atienza (que le atendió en un primer momento), mantuvo que ocurrieron en ocho o nueve ocasiones, para afirmar en el acto del juicio oral que fueron siete, seis en el despacho y una en el baño de Javier II. Siete hechos que también afirmó a los autores del informe emitido por los Dres. Sr. Pau y Sra. Galán. A su novia le indicó que fueron tres o cinco situaciones.

Esta Sala no considera dicha discrepancia significativa, pues es bien sabido que cuando los hechos ocurren en un lapso temporal prolongado es posible que se pierda la concreción de las fechas e incluso de las veces que ocurren los hechos, además de ello esta Sala pudo observar cómo, de modo coincidente a su declaración ante el Juez Instructor, el denunciante tenía serios problemas para determinar las fechas o momentos en que ocurrían los hechos, ni siquiera con referencias, lo que sí mantiene es que ocurría cuando le daban el permiso penitenciario y pernoctaba en la casa Javier I coincidiendo con que siempre estaba el acusado en turno de noche, cuando no le correspondía.

Sí que llama la atención que si bien es verdad que la declaración policial puede ser más genérica o general, luego ante el Juez de Instrucción dio más detalles y es en el

acto del juicio oral, cuatro años después de ocurrir los hechos denunciados cuando introduce muchos más, por ejemplo del modo en que se situaba el acusado “a cuatro patas”, que “limpiaba el suelo”, que le decía que era un fiero, que se quería casar con él, que le pedía su semen, que se lo echara por la espalda, que se restregaba, por ejemplo.

No nos queda claro el tema del teléfono, si era del acusado o del Sr. M. S., quien buscaba la película porno y si la ofrecía el acusado o era en el teléfono del Sr. M. S. donde lo veía, si era así, aunque en el acto del juicio gesticuló cómo si le pusiera el teléfono Rodrigo. lo mismo en el tema de la luz, sólo la luz del ordenador, o el tema de la puerta, en policía dijo que cerraba con llave, después no se le pregunta ni dice nada, si no se cierra la puerta, podría haberse escuchado desde la habitación de arriba donde dormían los otros usuarios. Y el preservativo que siempre ha manifestado que era usado en las relaciones sexuales, no se muestra firme en cuanto a si se lo exigía a él, o lo tenía el acusado. Y se contradice cuando narra que le “pedía su semen” y entre otras cosas se lo restregaba.

La testifical de María Ángeles L. A., trabajadora de Victoria Kent, corrobora la versión ofrecida por el denunciante, Sr. M. S., en el sentido que ya en una primera conversación sin dar detalles le dijo que quería un cambio de aval y que allí pasaban cosas sin concretar y que el mismo día 18 el día de la discusión-bronca porque no había pernoctado en el centro (discutiéndose entre las partes si tenía o no permiso) acudió a pedirle ayuda, el cambio de aval y fue cuando le vio desesperado.

Que la discusión del día 18 provocó que el acusado tuviera la intención de retirarle el aval a Luis queda acreditada con dicho testimonio, que desvirtúa la versión exculpatoria ofrecida por Rodrigo en el sentido que fue él quien propuso el cambio de aval. De tal forma que Luis acudió a comisaría ese mismo día y denunció y tenía en su mente la amenaza de retirar el aval que le había hecho Rodrigo a quien consideraba que podía hacer que volviera a la cárcel e incluso a su país de origen.

Ello también viene corroborado por la amenaza que profirió de contarle todo, tal y como afirman todos los testigos que escucharon la conversación.

Estos datos, todo lo que ocurrió el día previo a la denuncia en UFAM y el mismo día que acudió a otra comisaría con intención de denunciarle, arrojan luz sobre la existencia de un posible ánimo espurio por parte de Luis que pretendía vivir con su novia y no entendía que no le dieran el aval familiar, que finalmente consiguió aproximadamente un mes después de denunciar los hechos. Pero también sirve para

explicar que fue el detonante que provocó la denuncia de los hechos que cuenta Luis José, siendo creíble que ante su impotencia por lo vivido con Rodrigo, y la situación con su novia, que bien podría ser provocada por los alegados abusos sexuales y el agobio psicológico que le provocaba el haberlos sufridos, se decidiera a denunciar.

El problema surgió al no pernoctar una noche, hay opiniones enfrentadas sobre si tenía o no permiso, produciéndose una discusión acalorada al respecto entre Rodrigo y Luis, en el curso de la cual, todos reconocen que éste le dijo “si yo pierdo tú vas a perder más” “voy a contarlo todo”, que el acusado entiende que se refiere a sus previos problemas con la justicia. Pero ello se contradice con el hecho acreditado que con fecha 17 de julio de 2017 la voluntaria Raquel, que daba clases de reiky en Javier I, escribió un texto al que acompañó un link en un grupo de whatApp en el que estaban incluidos trabajadores y usuarios del programa, (algún testigo cifró en 80 el número personas), en el que se refiere a los problemas previos con la justicia de Rodrigo. Por lo tanto era un dato que al menos en ese momento, 17 de julio de 2017 (unos tres meses previos a la denuncia) conocía Luis José, la amenaza vertida por lo tanto parece que se refiere a otra cosa, máxime cuando en ese momento todos los trabajadores y usuarios o al menos la mayor parte eran conocedores a fecha 18 de octubre de 2017 de ese dato, los antecedentes penales de Rodrigo.

Resumiendo, en cuanto a la explicación del momento en que se produce la denuncia, no queda claro a esta Sala por qué formula denuncia casi tres meses aproximadamente después del último hecho, cuando según dijo en el acto del juicio oral Rodrigo le dejó tranquilo y no explicó de modo que esta Sala lo entendiera el hecho de que denunciara justo el día 19 de octubre, momento que coincide con el problema que tuvo en el centro, al no pernoctar una noche sobre la que había discusión sobre si tenía o no permiso.

Comprobado el cuaderno de anotaciones se advierte que en la tarde del 17 de octubre de 2017, Carmen T. M., psicóloga, educadora del programa anota junto al nombre de Luis José las palabras N/L que parecen indicar “noche-libre” aunque ciertamente nadie le preguntó en el acto del juicio. Pues bien, si Luis José tenía la noche del 17 libre no se entiende que el acusado le pidiera explicaciones por haber pasado la noche fuera y recriminarle porque sólo tenía el día libre y no la noche. El propio Rodrigo sitúa el origen del conflicto del día 18 de octubre en que Luis no acude a pernoctar a la casa, añadiendo que “libertad condicional no es hacer lo que quieras”.

De tal manera que esa discusión, reprimenda o actuación que el Sr. M. S. consideraba injusta provocó que el propio Rodrigo le dijera que le retiraba el aval, tal y como los testigos confirmaron. No se trataba de un cambio de aval (institucional a familiar), que por otro lado Luis José ya había solicitado con anterioridad, y no le habían concedido y como explicó la trabajadora del CIS. Era una retirada de aval, que el propio Rodrigo propuso a dicha trabajadora, aunque a indicaciones de ésta modificó a cambio de aval.

La tarde de la denuncia Luis José acude acompañado de un amigo a comisaría de Villaverde a interponer denuncia, de lo que se desprende que dicha discusión, reprimenda, advertencia, comunicación de retirada de aval ante un hecho que consideraba injusto, pues estaba en la creencia que tenía la noche libre, como por otro lado aparece escrito en el cuaderno de incidencias, es el dato que detona la denuncia.

Esta Sala considera que el testimonio del Sr. M. S. es creíble y verosímil, incluso persistente, si bien es cierto que ha ido añadiendo datos a medida que ha ido declarando en las distintas ocasiones en las que lo ha hecho, relatando en el acto del juicio oral algún episodio que ciertamente parecía sobreactuado, pero en cualquier caso se ha mantenido firme y persistente en el lugar en que ocurrían los hechos, las acciones concretas que se realizaban y en las que consistían las relaciones sexuales, la falta de consentimiento y la amenaza con retirarle el aval.

Pero aun partiendo de esa verosimilitud, que no es bastante para enervar la presunción de inocencia del acusado y que esta Sala considera que sería preciso contar con corroboraciones periféricas, como por ejemplo habiendo aportado los mensajes que Luis José dice que le enviaba Rodrigo para que bajara al despacho a consumir las relaciones sexuales. Es extraño que mantenga que los borró, cuando por el contrario conserva la grabación de la conversación mantenida con la trabajadora Carmen, que aparece unida a las actuaciones. En el acto del juicio oral dijo que el teléfono era de un amigo y que luego su novia le compró un teléfono, con el que grabó a Carmen, pero en relación a los mensajes de Rodrigo los borró, lo cual no deja de sorprender a esta Sala.

En cuanto a la corroboración periférica del informe de credibilidad aportado por la Acusación Particular, esta Sala no desconoce los conocimientos específicos que los autores del mismo tienen y la conclusión a la que llegan en el sentido que el relato es creíble, pero no deja de ser una opción a la que se llega tras la utilización de determinadas técnicas científicas, que son cuestionadas por los peritos autores del

contra informe.

Al respecto la STS de 10 de noviembre de 2005 expone que: *“no se discuten los conocimientos especializados de los psicólogos, pero no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informe, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que sólo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son lo que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos, sin delegar esta misión en manos de terceros”*

En este sentido la STS de 18 de diciembre de 2003, considera que el informe psicológico puede servir de apoyo periférico o mera corroboración, pero no sustituir la convicción sobre la credibilidad del testigo y así precisó que *“la credibilidad de un testigo no es un hecho científico, aunque sí un instrumento de ayuda a la valoración de la prueba testifical que el tribunal debe percibir de forma inmediata, atento al contenido de la declaración, tanto en lo referente a lo relatado por el testigo, como a la seguridad de su afirmación, reacciones que provoca, etc”* por lo que *“desde esta perspectiva no requiere necesariamente la realización de pericia pues no es un hecho científico que requiera especiales conocimientos a proporcionar por el perito”*

Por las mismas razones, como declaran las SSTS de 15 de julio de 2005 y 14 de febrero de 2002, el dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, *“Puede constituir un valioso elemento complementario de valoración..., pero no puede suplantar la valoración del Tribunal...Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan una opinión de quien los emite, muy valiosa, pero no puede por sí misma desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, cuando el Tribunal o el Jurado, que son quienes tiene la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable.”*

Esta última sentencia muestra sus recelos sobre tales periciales máxime si se efectúa dicha valoración extrajudicial, como lamentablemente sucede con frecuencia,

“sin realizar ningún contraste con la versión de la otra parte, análisis contradictorio que constituye el elemento nuclear del método jurisdiccional de valoración de la prueba. La historia garantista del proceso contradictorio acredita que resulta aventurado pronunciarse sobre la veracidad de una de las dos versiones contradictorias sobre un mismo hecho, habiendo oído solamente a una de las partes”.

Pues bien teniendo en cuenta la jurisprudencia expuesta, podemos concluir que el informe pericial aportado por la Acusación Particular no sirve a esta Sala para corroborar el testimonio da Luis José, al menos de modo suficiente, por cuanto aunque ha llegado a la conclusión de su credibilidad, no ha tenido en cuenta otros elementos, como todo el historial médico y psicosocial de Luis José, las declaraciones del procesado o el resto de prueba que se ha practicado.

Esta Sala por el contrario cuenta con todo ese arsenal probatorio y concluye en la aplicación del principio in dubio pro reo, regla de juicio que sólo se aplica cuando tras la práctica y valoración de la prueba el juez permanece en la duda acerca de cómo ocurrieron los hechos o de la participación del autor. Tal es la situación en la que se encuentra la Sala, pues no podemos individualizar elementos de cargo sólidos e irrefutables; tras la práctica de la prueba, la duda permanece y la construcción de un pronunciamiento condenatorio exigiría cerrar un círculo, que ha quedado en gran medida abierto.

Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 29-12-1997 que la función del enjuiciamiento penal no consiste propiamente en una averiguación para determinar cuál de las dos versiones de los hechos, la de la acusación y la de la defensa, situadas en el mismo plano, resulta más probada, sino en someter al contraste probatorio la hipótesis acusatoria, pues si ésta no resulta debidamente acreditada, la consecuencia ineludible es la absolución, con independencia de que tampoco se haya podido acreditar la versión fáctica de la defensa.

Y esto es lo que aquí acontece; tras examinar las pruebas esta Sala no obtiene una convicción de culpabilidad del acusado en relación a los hechos relativos a Luis José, más allá de esa duda razonable. Se dispone de un juicio de probabilidad, pero el de certeza se muestra dudoso. Queremos subrayar, que este Tribunal no está en condiciones de afirmar ni afirma que José Luis M. S. Santana, que protagonizó la prueba de cargo, esté faltando a la verdad en su relato. No es este el objeto del juicio ni estamos en condición de asegurarlo, de lo que se trata es si puede considerarse probado

con las exigencias que requiere el principio de presunción de inocencia que lo por el declarado deba ser tenido como cierto. Es posible que sucediera, pero no estamos en condiciones de descartarlo, pero como hemos razonado hay otras posibilidades igualmente probables. La prueba de cargo resulta a nuestro parecer, en atención, a las consideraciones expresadas, insuficiente para enervar sobre su exclusiva base y por las razones expuestas la presunción de inocencia del acusado. Por lo que y por aplicación igualmente del principio in dubio pro reo, la decisión del caso sólo puede tener, rectamente, un pronunciamiento absolutorio.

CUARTO.- HECHOS RELATIVOS A MOHAMED YASSINE EL MESSARI.

Contamos con las siguientes pruebas practicadas en el acto del juicio oral:

A.- DECLARACIÓN DEL DENUNCIANTE.

MOHAMED Y. E. M. explicó en el acto del juicio oral que desde que se separó de su exmujer, ha estado en la casa de acogida, y con cierta confusión situó los hechos en el año 2016 sin mucha seguridad y que las conversaciones a través de WhatsApp con Rodrigo, que aportó y aparecen unidas a las actuaciones fueron antes de ir a casa de Rodrigo, que fueron en coche, solos, que allí le dio whisky para beber, que no le dijo para que iba a su casa, que él creyó que iba para contarle sus problemas, que él le contó su vida, y como tenía un trato como con cualquier educador, no sospechó nada. En cuanto a los hechos relata que cuando estaban en el salón sentados en el sofá, vestidos, Rodrigo empezó con tocamientos en las partes de Mohamed, en la cara, los genitales, que él se quedó quieto y empezó a temblarle el corazón, que cambiaron de conversación y siguieron bebiendo, que Rodrigo quería que se acostaran juntos, pero él dijo que no le gustaba, y que quería dormir solo, que finalmente se metió en la habitación del hijo de Rodrigo y que ya no sabe lo que pasó porque se quedó dormido y estaba muy bebido. Que al día siguiente le llevó a unas piscinas y que le dijo que no contara lo que había pasado, regresando a la casa de acogida. Después de esto Rodrigo cambió su actitud, y le amenazaba con expulsarle. En relación a la conversación vía WhatsApp dice que le seguía el rollo, y en cuanto al mensaje de apoyo, admite que se lo envió.

De tal modo que viene a explicar lo mismo que en su declaración policial del 25 de octubre de 2017 en la que narró que en una ocasión en que Rodrigo le llevó a su casa, comenzó a insistir en que ambos mantuvieran relaciones sexuales, haciendo caso omiso

a la negativa de Yassine, llegando a coger una mano de M. llevándola hasta su pene, mientras le realizaba tocamientos en sus genitales, todo ello sin su consentimiento.

Ciertamente en declaración judicial prestada el 18 de diciembre de 2017, folio 237 de las actuaciones, no recordaba la fecha en que fue a su casa, exponiendo que los mensajes fueron antes porque estaba de permiso y hasta febrero no obtuvo la condicional. Narró del mismo modo que fueron a su casa por la noche en su coche, que le ofreció alcohol, empezó a beber, 3 o 4 cubatas, tocamientos en el sofá “me llevaba mi mano a sus partes, me tocaba el mis partes, me besaba en el cuello” y estaba incómodo, pero no podía hacer nada, que no llegó a decir que no, pero por los gestos vio que no le gustaba y que no quería hacerlo. Rodrigo le pidió que fuera con él a la cama, que le iba a cuidar, a dar mimos, a ser su guardián, dormir calentitos, y él no quería. Dice que entró en otra habitación, y Rodrigo entró con el pijama y él estaba bajo el alcohol y no recuerda mucho, se quedó en la habitación, durmió a su lado y él se durmió porque estaba afectado por el alcohol.

B.- PRUEBA TESTIFICAL:

Jorge B., trabajador de la Fundación, testificó que Y. le contó que Rodrigo le había tratado mal, pidiéndole que le ayudara a escribir una queja, aceptando Jorge, aunque dice que ya no lo volvió a ver.

Sonia G. I., trabajadora social explicó que cuando se enteró que Rodrigo había llevado a Yassine a su casa le pidió explicaciones, a lo que contestó que fue un error.

Raquel G. R., voluntaria, narró que Yassine era muy educado, trabajador, siempre dispuesto, que presencié cómo en varias ocasiones Rodrigo llamaba a Yassine para que explicara a la gente que iba a comer a la casa (personas que supuestamente hacían donaciones) los motivos de venir a España, y toda su historia, cómo llegó y su problemática. Y que un día estando en la cocina, fueron a buscar a Yassine por el mismo motivo y él contestó “no me da la gana”, contestación que sorprendió a Raquel por su actitud. Dicha testigo dijo que cuando escuchó rumores que Rodrigo había abusado de dos personas, pensó en Yassine como una de ellas.

C.- PRUEBA DOCUMENTAL

Conversación vía whatsapp mantenida entre Rodrigo y Yassine el día 5 de febrero de 2017, comienza a las 0:16 horas y finaliza a las 3:31 horas, unida a los folios

92 a 100 de la causa de las que caben destacar las siguientes frases de Rodrigo hacia Yassine:

“Sabes que te quiero, el próximo permiso te puedo invitar a casa. Así te voy a coger y a querer. En brazos... pero no sigas creciendo que no podré contigo. La verdad es que me encantaría que fueras mío... Como de mi familia. Me gustaría pedirte otras cosas a cambio pero mi trabajo me lo impide. Yo me casaba contigo a ciegas... Te gustan los chicos? .En España también te puedes casar. Yassine le contesta que le gustan las chicas y entonces Rodrigo le dice que “Entonces tienes un 50% de posibilidades “y “si fueras bisexual como yo tendrías un 100%”. “Me gustaría que bajaras a dormir conmigo mi hermano y charlamos de lo que quieras y lo que nos queremos....Si hace falta me caso contigo” Vuelve a reiterarle que se va a dormir y “si quieres bajar a dormir a mi cama te dejo abierto... Prometo tratarte con mucho mimo y respeto, como si fueras mi hijo. Es un poco pequeña pero estaremos bien calenticos. Quiero lo mejor para ti cariño”. Le reitera que le quiere, le vuelve a decir “Te quiero mi niño marroquí” “Mi casa es tu casa y mi cama es mi cama cuando tú quieras dejo abierto por si te quieres bajar... Pero eso si en silencio”. Le reitera que le quiere, que le ha cogido mucho cariño. Le ofrece todo lo que necesite, que se lo pida sin problema. Le reitera que le “encantaría que estuvieras aquí a mi lado para dormir abrazado a ti. Que le quiere. Le repite que mi casa es tu casa y le indica “Baja y te dejo dinero si necesitas. Te quiero mi Yassine. Mi M.. Mi M.. Mi niño...Nunca más vas a estar solo...Yo no lo consentiré. De verdad que te quiero feo. “Te comeré a besos” con 6 emoticonos de besos. Después de hablarle de unos problemas de espalda que tiene Yassine, Rodrigo le dije “Quieres que te de ahora un masaje para que duermas más relajado? Nadie se va a enterar tranquilo. Ahora descansa mi amor. Te quiero Yassine. Te llevaré en mi corazón hasta el día 28. Cuídate hermano mío...te quiero con toda mi alma. Hasta pronto cariño. Yo soy tu guardián. Que sepas que te voy a echar de menos desde ya. Y que me encantaría dormir abrazado a ti. Soñare que así es. Felices sueños mi vida. Me da igual lo que pase...Yo solo quiero estar contigo hoy. No se...Pero no quiero que te sientas solo. Te sentirías mejor aquí abajo conmigo o te incomodaría más. En el próximo permiso te daré más mimos en mi casa. A mí no me molestas en mi cama. Descansa mi Yassine. Te quiero. Hasta el día 28. Te esperaré con los brazos abiertos. No olvides que te amo de verdad” Emoticono de corazón. “Te quiero tanto que no puedo parar de escribirte...Jajaja. Igualmente para ti cariño...Nadie puede quitarte

la felicidad que mereces. Voy a soñar contigo agarrado a la almohada como si fueras tú. TE QUIERO". Otro emoticono de corazón.

Al día siguiente, 6 de febrero de 2017, después de preguntar Rodrigo si estaba de camino a Estremera, le dice a las 15:27 "*cuídate Yassine y nos vemos el 28...Te quiero hermanito.*"

Y el siguiente mensaje es de 18 de julio de 2017 en el que Yassine le manda apoyo a Rodrigo.

El 23 de julio de 2017 Rodrigo le pregunta que donde está y después hay dos conversaciones normales los días 2 de septiembre de 2017 y el 5 de septiembre le pregunta a Rodrigo si va a pasar por casa, sin contestación por su parte.

D.- DECLARACIÓN DEL PROCESADO- JAVIER RODRIGO DE S. L. admite el hecho de haber llevado a Yassine a su casa y sitúa dicho hecho en el día 8 de noviembre de 2016 aunque niega los contactos sexuales, reconociendo que fue un error. Explica que le invitó por la situación de pareja que estaba atravesando que culminó con divorcio, y para que hiciera una llamada telefónica a sus padres de Marruecos que desde el centro de acogida no podía hacer. Mantiene que tenían una relación de mutuo afecto, pero que no tuvieron ninguna relación sexual, de ningún tipo, que no se insinuó, que no le amenazó ni nada, y que la noche en su casa durmió cada uno en una habitación. También reconoce los mensajes vía WhatsApp transcritos, tratando de justificarlos en que mantenían una relación afectiva, de juego entre ambas partes, de provocación, de insinuación.

QUINTO. VALORACION DE LA PRUEBA en relación a los hechos relativos a MOHAMMED Y. E. M..

No vamos a reiterar pero damos por reproducidos lo expuesto en el fundamento de derecho tercero en cuanto a los requisitos que debe presentar el testimonio del denunciante para que ostente la cualidad de prueba de cargo suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia.

La versión de Yassine nos resulta creíble objetiva y subjetivamente, es persistente y además cuenta con corroboraciones periférica, como son la presencia de Yassine por la noche en el domicilio de Rodrigo al que éste había llevado quebrantando

no sólo normas de la Fundación sino también la ética que debe guiar la labor profesional de todas las personas que trabajan con personas que se encuentran en la situación de Yassine. Su presencia en el domicilio es aceptada por el procesado y así se constata objetivamente en el cuaderno de incidencias pues se refleja que Yassine durmió fuera del recurso.

Además su testimonio viene corroborada por los mensajes vía WhatsApp anteriormente transcritos de fecha 5/02/2017.

Desde luego que los mensajes exceden de lo que debe ser una relación de educador y usuario de casa de acogida. Alega el acusado que tenían una relación afectiva, de juego entre ambas partes, de provocación, de insinuación, admitiendo que se equivocó. Pero las frases reseñadas exceden de lo que puede entenderse como un juego, decir te quiero continuamente, hasta en trece ocasiones, invitarle a bajar a dormir a su cama (al menos en cuatro ocasiones), “pequeña pero en la que estarían calentitos”, insistirle en que bajara que le daría el dinero que necesitaba o para darle un masaje. Expresiones como “te amo”, “mi vida”, “cariño”, “mi niño”, “te comeré a besos”, “dormiré abrazado a la almohada como si fueras tú”, “me gustaría que fueras mío”, “me encantaría dormir abrazado a ti”, “Te voy a coger y a querer” no solo son inapropiadas sino que denotan que Rodrigo tenía intención de mantener una relación más estrecha e íntima con Yassine y que le invitaba a mantener relaciones sexuales. No olvidemos que comienza preguntándole si le gustan los chicos, informándole que él es bisexual.

Dichos mensajes remitidos vía WhatsApp constituyen una corroboración periférica de la declaración inculpativa de Yassine, en la cual esta Sala ha apreciado que concurren los elementos para ostentar auténtica prueba de cargo, nos resulta creíble, objetiva y subjetivamente, no apreciamos ningún ánimo espurio en la denuncia. Explica Rodrigo que Yassine había agotado su tiempo en la casa de acogida y que se le indicó que tenía un mes para buscar donde residir. Pero dicho extremo no entendemos que pueda constituir razón para interponer una denuncia tan grave como la presentada, que no advertimos le pueda generar ningún beneficio ni ventaja a Yassine.

Es persistente, porque si bien en su declaración judicial mantuvo que Rodrigo se había metido en su cama, en el acto del juicio oral no quiso reiterar dicha afirmación, explicando que no está seguro de ello porque se quedó dormido y estaba bajo la influencia del previo alcohol que había consumido, pero fue tajante y rotundo al relatar los hechos que ocurrieron en el salón después de consumir alcohol y cuando ambos se

encontraban sentados en el sofá, los tocamientos de que fue objeto, siendo un poco confuso sobre el hecho de si Rodrigo le llevó la mano a su pene, afirmando a preguntas de su letrado que pudo ser así, añadiendo que él estaba muy incómodo y “de alcohol hasta arriba”.

No se aprecia ningún ánimo espurio ni derivado de sus previas relaciones. Y en cuanto al momento en que decide denunciar, lo hace tras hablar con Luis José que ya había denunciado, lo cual explica que él se decidiera a exponer y denunciar los hechos por él protagonizados, justificando que no lo hace antes, porque le cuesta mucho, le da vergüenza, por su entorno, por lo que pudiera afectar a su intimidad, lo que es perfectamente comprensible, dada la relación de superioridad que Rodrigo ejercía sobre Yassine y la situación en la que se encontraba éste.

SEXTO.- Los hechos declarados probados en relación a Mohamed Y. E. M. son calificados de distinto modo por las acusaciones:

La Acusación Particular califica los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 178 y 180.1.4º CP solicitando la pena de siete años y seis meses de prisión, inhabilitación especial 5 años, prohibiciones de aproximación y comunicación durante cinco años y costas

El Ministerio Fiscal califica estos hechos como delito de agresión del artículo 178 CP solicitando la pena de cinco años de prisión, inhabilitación especial durante el periodo de condena, prohibición durante diez años, libertad vigilada cinco años con obligación de participar en programas de educación sexual programa de educación sexual.

Dichos hechos son constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 181.1 CP del que es autor el acusado.

Dicho precepto tipifica una conducta en la que el atentado a la libertad sexual se produce por la mera falta de consentimiento de la víctima, sin concurrir violencia o intimidación. Como expone la STS 15 de diciembre de 2000 el delito de abuso sexual se caracteriza por el elemento negativo de la falta de violencia e intimidación y por el elemento negativo de ausencia de consentimiento de la víctima, como libre ejercicio de la libertad sexual. El elemento subjetivo consistirá en el ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual en el agente del hecho, o al menos en el conocimiento del carácter sexual de la acción, debiendo tenerse presente que nuestro Tribunal

Supremo (STS 853/2014 de 10 de diciembre ó STS 547/2016 de 22 de junio de 2016) ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales siendo lo relevante que el acto sexual, en sí mismo considerado, constituya un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, cualquiera que sea el móvil del autor de la acción.

Los hechos cometidos en la personas de Mohamed Yassine, son constitutivos de dicha infracción penal, pues no medió consentimiento y el acusado llevó a cabo actos de contenido sexual, aun a sabiendas que Yassine no los deseaba. Hubo tocamientos sin violencia ni intimidación pero sin consentimiento, por ello no es admisible la aplicación del tipo penal del artículo 178 CP como pretende el Ministerio Fiscal, ni el artículo 180 como postula la acusación particular.

SEPTIMO.- En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:

1.- Concorre la circunstancia agravante de reincidencia que invocan las acusaciones y a lo que se opone la defensa.

El artículo 22.8 del CP señala que es circunstancia agravante “ser reincidente” para pasar a explicar que hay reincidencia “*cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza*”.

Examinada la hoja histórico penal del procesado JAVIER RODRIGO DE S. L. obrante a los folios 163 a 165 de la causa, se comprueba que ha sido condenado por sentencia firme de 5 de mayo de 2010 delito por un delito de abusos sexuales con acceso carnal con víctima menor, artículo 182 CP, cometido el 1 de octubre de 2007, condenado a las penas de cinco años de prisión, cumplida el 6 de febrero de 2016, prohibición de aproximarse a la víctima durante ocho años cumplida el 21 de octubre de 2016, pena de prohibición de comunicación con la víctima, cumplida el 21 de octubre de 2016. En el presente caso los hechos denunciados ocurren el 8 de noviembre de 2016 es decir una vez cumplida la pena previamente impuesta, el 6 de febrero de 2016, pero sin que haya transcurrido el plazo de cancelación de antecedentes penales que señala el artículo 136 CP

2.- Con carácter subsidiario a la libre absolución la defensa del procesado invoca la concurrencia de la circunstancia atenuante de DILACIONES INDEBIDAS.

El letrado de la defensa ha alegado la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, haciendo referencia únicamente al transcurso de cuatro años entre la denuncia y la celebración del juicio oral, pero no especifica los periodos en que la causa supuestamente ha estado paralizada.

Un examen del procedimiento nos lleva a afirmar que la instrucción se llevó a cabo en un periodo prudencial pues el 14 de septiembre de 2018 se dictó Auto de continuación de la tramitación de la causa, incoando procedimiento sumario ordinario, que fue objeto de recurso por la representación procesal del procesado, de reforma (resuelto por Auto de 27 de febrero de 2019) y recurso de apelación desestimado por Auto de la AP Madrid de la Sección 2º, de 20 de junio de 2019.

Entre ambas resoluciones, transcurre un periodo de nueve meses y se practica la declaración del procesado, el 6 de mayo de 2019, folio 632 de la causa.

A continuación consta comparecencia de 17 de enero de 2018, en la que Dª Celia Ordoñez Gómez, en calidad de representante de la Fundación aporta los cuadernos de incidencias que se habían requerido, y por diligencia de 9 de julio de 2019 se acuerda su unión al procedimiento.

De tal manera que se ha producido una posible paralización del procedimiento desde el Auto de continuación del procedimiento por los trámites del sumario ordinario hasta el Auto de la AP Madrid, unos nueve meses, que no es tal sino que es el plazo durante el cual se resolvió el recurso interpuesto por el propio investigado.

A continuación no hay ninguna paralización.

Auto de 6 de mayo de 2019 se le declara procesado a JAVIER RODRIGO DE S. L. por esta causa. El 22 de mayo declara como procesado, folio 632 de la causa.

Por providencia de 8 de julio de 2019 se da traslado del intento de personación de la Fundación Padre Garralda como acusación particular, que tras los traslados y alegaciones de todas las partes, se desestima por Auto de 7 de octubre de 2019 que acuerda denegarle la personación como Acusación Particular y se le declara responsable civil subsidiario. Resolución que es objeto de recurso de apelación resuelta por Auto de Sección 2º AP Madrid de 18 de noviembre de 2019.

Por Auto de 9 de enero de 2020 se declara concluso el sumario, siendo recepcionado el procedimiento en esta Sección 29 el día 3 de febrero de 2020.

Es decir que entre el 19 de octubre de 2017 y el 9 de enero de 2020 (dos años y algo más de dos meses) el Juzgado lleva a cabo toda la instrucción de la causa.

En esta Sección 29 de la AP Madrid, transcurre un año y casi nueve meses, entre su recepción y la celebración del juicio oral, pero durante dicho periodo hemos sufrido los efectos de la pandemia provocada por el COVID con paralización de plazos procesales incluida.

Así el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, e incluyó entre otras medidas en el ámbito de la Administración de Justicia la suspensión de los términos y plazos procesales, con las solas excepciones necesarias para garantizar los derechos reconocidos a todas las personas en el artículo 24 de la Constitución.

Y el RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia decretó el reinicio de todos los términos y plazos procesales integrados en el ámbito de aplicación de la DA 2º del RD 463/2020.

Pero además del plazo transcurrido entre ambos decretos los Tribunales de Justicia hemos tenido que hacer frente a los problemas ocasionados con dichas paralizaciones, lo que ha supuesto una reanudación de la actividad judicial ordinaria mucho más allá del dictado de ese segundo decreto, sin olvidar la dificultad de buscar un término para la celebración de un juicio con varios días de señalamiento con varias acusaciones y varias defensas.

En cualquier caso han transcurrido cuatro años entre la denuncia y la celebración del juicio oral, tal y como alega la defensa del procesado, plazo que debe ponerse en relación con la complejidad de la causa, con múltiples diligencias de investigación, además de tres recursos de apelación. Por todo lo cual y atendiendo a la falta de paralizaciones relevantes por lo que esta Sala no considera apreciable la atenuante reclamada.

OCTAVO. PENA

El artículo 181.1 CP prevé la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

La STS 1140/2010, de 29-12, expresamente establece que, en relación a la individualización de la pena, deben tenerse en cuenta; "*... en concreto las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta*

"gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. De tal manera que hay que valorar "el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Y, respecto la mayor o menor gravedad del hecho menciona entre otros factores las circunstancias concurrentes en el mismo, que modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica, y la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad "

Y la STS 124/2020, de 31 de marzo (ROJ: STS 1939/2020) tras indicar que además de observar las reglas dosimétricas del artículo 66 del CP y el marco abstracto fijado por el legislador, existe un tercer espacio de individualización judicial de la pena, función exclusiva del juez por cuanto responde a extremos que el legislador no puede prever. Y que la gravedad del hecho guarda relación con la *"dimensión lesiva de lo realmente acontecido, desde la antijuricidad de la acción, el grado de culpabilidad del autor y la mayor o menor reprochabilidad que merezca su comportamiento. Ambos parámetros muestran la extensión adecuada de una pena que debe contemplar la resocialización del autor, atendiendo a la prevención especial y al juicio de reproche que su conducta merece"*

En este caso la Sala considera más apropiada la pena privativa de libertad que la pecuniaria, por los siguientes motivos:

- la multa aparentemente la puede satisfacer sin muchas dificultades por lo que entendemos que la pena no cumpliría su función.
- los antecedentes penales del acusado, que reflejan la reproducción de comportamientos que afectan al mismo bien jurídico.
- el contexto en el que se producen los hechos, en particular las relacionadas con

el ardid urdido por el acusado para generar un clima de confianza que indujera a Yassine a consentir en ir a su domicilio y una vez conseguido el objetivo, le procuró una mayor facilidad para ejecutar el hecho (en su domicilio y por la noche).

- la situación de vulnerabilidad de Yassine, que se encontraba cumpliendo pena de prisión y dependía de la asistencia de la Fundación en la que trabajaba el procesado,

Una vez optada la pena privativa de libertad, atendiendo a la concurrencia de una circunstancia agravante, (art.66.1.3º CP), a la entidad de los tocamientos y la falta de concreción de la gravedad del impacto emocional, consideramos ajustado a derecho imponer la pena de dos años de prisión.

A la pena privativa de libertad se sumará la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (artº 56.2º CP).

Solicitan las acusaciones la imposición al acusado de las penas de prohibición de aproximación y comunicación respecto de la víctima.

A tal efecto, el art. 48 del Código Penal, prevé la prohibición de aproximación y comunicación. Tales prohibiciones, impiden al penado acercarse a la víctima, en cualquier lugar en el que se encuentren, así como a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ellos y establecer, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

Dicho precepto debe ponerse en relación con el contenido del art. 57.1 CP que contempla la posibilidad de que Jueces y Tribunales, cuando el delito cometido sea, entre otros, un delito contra la libertad o indemnidad sexual, puedan acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones previstas en el artículo 48 del Código Penal, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si el delito fuera menos grave. El mismo precepto añade que, si el condenado lo fuera a pena de prisión y, el Juez o Tribunal acordara la imposición de una o varias prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena impuesta en sentencia, si el delito fuera grave y, entre uno y cinco años, si fuera menos grave, disponiendo el mismo precepto que, en tal supuesto la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas, se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

Estimamos que la gravedad de la conducta desplegada por el acusado hacía la víctima, el daño moral inherente a la misma y, consecuentemente, el grave perjuicio que le puede ocasionar la proximidad del acusado, justifican la imposición al mismo de la

pena de prohibición de aproximación a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo, de estudios, esparcimiento o cualquier lugar donde el mismo se encuentre y, de comunicación, por cualquier medio directo o indirecto, durante un período de 5 años, apercibiendo al acusado de que, el incumplimiento de las referidas penas podría ser constitutivo de un delito de quebrantamiento de condena previsto en el art. 468 del Código Penal.

Tales prohibiciones y la pena de prisión se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea, tal como impone el párrafo segundo "in fine" del artículo 57.1. antes citado.

Conforme al artículo 192.1 CP, a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título (contra la libertad e indemnidad sexuales) se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de uno a cinco años, si alguno de los delitos fuera menos grave. De conformidad con dicho precepto se impone al procesado que no es delincuente primario, libertad vigilada por un periodo de tres años, que se cumplirá con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta.

NOVENO. RESPONSABILIDAD CIVIL

Los hechos que se han declarado probados han producido un evidente perjuicio que debe ser objeto de reparación o compensación por disposición de los artículos 109 y siguientes del Código Penal.

1.- En cuanto a su cuantificación, recuerda la STS 804/2018, de 2 de marzo que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando se deriva de una manera lógica del relato de hechos probados "*pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad (SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo ; núm. 105/2005, de 29 de enero)*).

Según dicha sentencia el daño moral no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima (*STS 1366/2002, de 22 de julio*).

Y continúa dicha resolución con cita entre *otras de SSTS núm. 957/1998, de 16 de mayo y núm. 1159/1999, de 29 de mayo*, que en cuanto a su cuantificación "*El daño*

moral solo puede ser establecido mediante un juicio global, atendiendo a la naturaleza del delito y a su gravedad atemperando la demanda de las víctimas a la realidad social y económica de cada momento histórico (SSTS 915/2010)"

Porque el problema para la Sala, a la hora de fijar la responsabilidad civil, es que se ve obligada a cuantificar lo que es incuantificable. De las declaraciones de Yassine ha quedado claro que los hechos sufridos constituyeron una experiencia vital negativa. Y ello no tiene precio ni reparación posible. Lo único que podemos hacer es establecer una "compensación" económica. Obviamente, cada persona gestiona sus experiencias a su manera y reacciona y evoluciona de forma distinta. Se le ha infligido un sufrimiento y un daño susceptible de ser indemnizado. Daño moral que es inherente a la existencia del delito, su naturaleza y la afectación al desarrollo de la personalidad de las víctimas.

En consecuencia, respecto a Mohammed Yassine, en quien la Sala no ha apreciado secuelas consideramos ajustado a derecho estar a lo peticionado por él mismo, en el escrito de acusación, es decir TRES MIL EUROS (3.000.-), por daño moral.

De dicha cantidad debe responder, por disposición del artículo 116 del Código Penal, JAVIER RODRIGO DE S. L., como autor responsable de los delitos.

2.- Responsabilidad civil de Fundación PADRE GARALDA-HORIZONTES ABIERTOS.

Dispone el art. 120 del Código Penal: "Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. 4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios."

En el caso de autos, reconocida la Fundación PADRE GARALDA-HORIZONTES ABIERTOS no sólo como titular de la casa donde tomaron contacto procesado y víctima, sino también por la condición de empleado del procesado, hecho

reconocido y resultante también de la documental, debe responder en defecto de aquél por la responsabilidad civil.

Como recuerda la STS 168/2017, de 15 de marzo , el número 4º del artículo 120 del Código Penal acoge la *"clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus -principales- (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la "culpa in vigilando", "culpa in eligendo", o la "culpa in operando", que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi- objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad ("cuius commoda eius incommoda")"*. Y esta parece clara en el supuesto que nos ocupa, dada la reconocida condición de empleado, en el ejercicio de sus funciones, que tenía el procesado cuando cometió los hechos.

Se dan, en consecuencia, los presupuestos de dicha responsabilidad en cuanto, como dice la STS 830/2014, de 28 de noviembre , "a) una relación de dependencia del autor de la acción y la persona o entidad implicada en aquella; b) que el responsable penal actúe en el marco de las funciones propias del cargo o empleo, aun cuando lo hubiera hecho con cierta extralimitación; y, c), consecuentemente, cierto engarce o conexión entre el delito y la clase de actividad propia de la relación de empleo."

En el presente caso nos encontramos ante unos hechos realizado por un empleado de la Fundación que ha sido calificado de abuso sexual cometido contra una persona que se hallaba cumpliendo condena y que hacía uso de las instalaciones y demás beneficios que le proporcionaba la Fundación. El autor del delito era un empleado de confianza, coordinador del Proyecto Javier en las cuatro casas que lo formaban. Tal falta de supervisión de su actuación es atribuible a la empresa y en consecuencia debe de responder de todos los excesos que en el ejercicio de sus funciones realice el procesado, como aquí ocurrió pues existe una verdadera culpa in vigilando. Tratándose de un centro destinado a proporcionar ayuda a internos en distintas fases de cumplimiento de penas privativas de libertad tiene una obligación general de salvaguardar los derechos de aquellos.

DECIMO.- COSTAS

De conformidad con los artículos 123 del Código Penal y 239, 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procede condenar a JAVIER RODRIGO S. L. al pago de una novena parte de las costas procesales, al haber sido absuelto de siete delitos imputados en relación a Luis José M. S.. Costas y de uno de los delitos sobre la personas de Mohamed Yassine E.M., en las que se no incluyen las originadas a la Acusación Particular de Mohamed Yassine, pues dicha parte procesal no ha interesado la condena en costas en sus conclusiones definitivas.

Como sostiene el Tribunal Supremo en su sentencia 1.571/2003, de 25 de noviembre: *"no sería preciso interesar la condena en costas para que el Tribunal las concediera, en supuestos del condenado (costas causadas en juicio), porque las impone la ley ([art. 123 CP](#)), ni tampoco los de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, por igual razón ([art. 124 CP](#)). Sin embargo, sí debería imperativamente mediar previa petición cuando se trate de incluir dentro de las costas del acusado o acusados las de la acusación particular en los demás delitos y también las que pudieran imponerse a los querellantes por haber sostenido pretensiones temerarias frente al acusado, pues de lo contrario el Tribunal incurría en un exceso sobre lo solicitado o extra petita ([SS.T.S. nº 1784 de 20 de diciembre 2000](#), nº 1845 de 5 de diciembre de 2000 y 560 de 28 de marzo de 2002, entre otras). Téngase presente que las costas se hallan reguladas dentro del título que reza: "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", poniendo al mismo nivel normativo conceptos que justifica la similar naturaleza resarcitoria o compensatoria. Las costas ya no tienen el carácter de sanción o penalización, sino de compensación indemnizatoria por los gastos que se ha visto obligada a soportar una parte, a quien el derecho ampara".*

En función de lo expuesto,

FALLAMOS

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al procesado JAVIER RODRIGO DE S. L. de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los que venía acusado en relación a LUIS JOSÉ M. S., dejando sin efecto las medidas cautelares que se hubieren acordado respecto del mismo durante la tramitación de la

causa. Y le absolvemos del delito de agresión sexual del que venía siendo acusado en relación a MOHAMED Y. E. M.. Con declaración de ocho novenos de las costas causadas.

Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado JAVIER RODRIGO DE S. L. como autor de un delito de abuso sexual del artículo 181 CP en relación a MOHAMED Y. E. M.c ocurriendo la circunstancia agravante de reincidencia a la pena de DOS AÑOS DE PRISION, inhabilitación especial durante el periodo de condena, prohibición de aproximarse a una distancia de 500 metros de la persona de Mohamed Yassine el M., su domicilio, lugar de estudios, trabajo o cualquier otro donde se encuentre y comunicar con él a través de cualquier medio durante un periodo de cinco años a cumplir simultáneamente con la pena de prisión. Libertad vigilada durante un periodo de tres años a cumplir a continuación de la pena privativa de libertad.

Al pago de una novena parte de las costas, en las que no se incluyen las de la Acusación Particular.

Por vía de responsabilidad civil JAVIER RODRIGO DE S. L. deberá abonar a MOHAMMED Y. la cantidad de TRES MIL EUROS (3.000 euros) en concepto de daño moral, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de la Fundación Garralda-Horizontes Abiertos.

Una vez firme, remítanse los particulares necesarios para su inscripción en el Registro Central de Delincuentes Sexuales regulado por el RD 1110/2015 de 11 de diciembre y artículo 2, apartado 3, letra f) del RD 95/2009, de 6 de febrero.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de DIEZ DIAS hábiles a contar desde el siguiente a la última notificación.

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

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.