

**ROJ:** STSJ CAT 2/2021

**Órgano:** Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal

**Sede:** Barcelona

**Sección:** 1

**Fecha:** 26/01/2021

**Procedimiento:** Penal. Apelación procedimiento abreviado

**Ponente:** Roser Bach Fabregó

**Tipo de resolución:** Sentencia

### *TRIBUNAL*

Carles Mir Puig

Roser Bach Fabregó

María Manzano Meseguer

Sección 1, apelación para substanciar los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona, procedente del Juzgado de Instrucción nº2, por delitos, entre ellos, de abuso sexual a menor de 16 años.

### *PARTES*

*PROCESADOS, representados por PROCURADORAS/OS y LETRADA/OS.*

*ACUSACIÓN PARTICULAR, representada por PROCURADOR y LETRADA.*

*MINISTERIO FISCAL*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 31 de octubre de 2019, en la que se declaraban como hechos probados:

Sobre la media noche del día 29 de octubre de 2016, un grupo de jóvenes entre los que al menos once chicos, siete de ellos mayores de edad, y tres chicas menores de edad, hacían botellón en unas naves abandonadas de Manresa. En un momento de la noche, uno de los chicos mayores de edad tomó una de las menores y se la llevó a la nave de al lado. Aprovechándose de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la chica, que según su relato, “había perdido totalmente, a consecuencia del consumo de tóxicos, la conciencia que no recuperó hasta horas después”. El chico introdujo los dedos en la vagina sin que estuviera en condiciones para negarse, evitarlo o consentirlo. No dándose por satisfecho, el agresor volvió donde el resto de personas e invitó al resto de chicos a violentar a la chica ellos también, por turnos de quince minutos. Así, cinco de los mayores de edad, la violarían por turnos mientras el resto lo miraban y se masturbaba (aunque no se llega a establecer este último hecho).

Se establece también que uno de los mayores de edad que permaneció en la primera nave y que, por tanto, no violó a la víctima, tuvo en sus manos una pistola mientras el resto estaban cometiendo estos actos. Más tarde, cuando la mayoría de gente ya se había ido, dos de los violadores volvieron a coger a la víctima y obligarla a hacerles una felación a los dos a la vez, y a tragar su semen. Unos días más tarde, el instigador principal de los hechos amenazó algunos y algunas de las menores para que no contaran lo que había pasado esa noche.

Es importante recalcar que, la sentencia establece que la chica había bebido una cantidad considerable de alcohol y fumado marihuana y que, por tanto, no era consciente en absoluto de lo que sucedía. No obstante, dos testigos directos afirmaron que en algún momento la víctima había llamado, se había quejado e incluso había llegado a decir “para que me duele”.

**SEGUNDO.-** Se interpusieron siete recursos de apelación: Por un lado por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, y por otro lado, por las representaciones procesales de los procesados. Ministerio Fiscal y Acusación Particular impugnaron los cinco recursos de apelación de las defensas; y las defensas impugnaron los recursos de MF y AP respectivamente.

## **HECHOS PROBADOS**

Se aceptan y se mantienen los reproducidos ya como probados en los antecedentes.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se condena a los cinco acusados a un delito de abuso sexual sobre menor de 16 años, dos de ellos con el agravante de actuación conjunta para efectuar la felación.

Las acusaciones, en cambio, pedían que se condenara por agresión sexual, no como abuso. En un razonamiento que recuerda el mediático caso de la manada de Pamplona, las magistradas María Jesús Manzano Meseguer y Roser Bach Fabregó, confirmaban en segunda instancia lo resuelto previamente por la Audiencia Provincial de Barcelona; Que los agresores no habían ejercido violencia o intimidación para vencer la oposición de la víctima de mantener relaciones sexuales, ya que esta no se encontraba en condiciones de oponerse activamente. La violencia y/o intimidación constituyen el rasgo diferenciador entre el abuso y la agresión sexual, y su interpretación es la causa de la acalorada disputa entorno a los delitos sexuales.

**SEGUNDO.-** Alega la representación procesal de uno de los procesados, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia por falta de valoración de los medios de prueba propuestos por la defensa, al principio de legalidad, por no incurrir en hechos probados y fundamentos de derecho los elementos suficientes que den sustento a la condición de autor del representado.

El Tribunal considera que las pruebas practicadas son suficientes para enervar la presunción de inocencia, que la víctima relató los hechos de forma coherente dentro de lo que recordaba, que no había consentimiento libre inicial por la diferencia de edad entre la menor y el procesado además de la complexión menuda de la víctima, que ella dijo que no quería en repetidas ocasiones después, que había pruebas documentales de las conversaciones de chats con uno de los procesados, que

sabían que era menor de edad, que la víctima presentaba lesiones corroboradas con una pericial médico forense, que no es creíble la versión de uno de los procesados por incurrir en contradicciones.

En palabras de una de las testigos, este procesado fue quien lo organizó todo, lo de la violación por turnos, lo de la felación a dos de ellos, la introducción de los dedos en su vagina. La víctima no sabía ni dónde estaba, no era consciente de lo que sucedía pero sí le vienen algunos recuerdos y puede identificar a alguno de los procesados, los testigos afirman que se había quejado y había llegado a decir “para que me duele”.

**TERCERO.-** En cuanto a la calificación jurídica que se hizo en primera instancia y segunda instancia; condenaron a los cinco acusados de un delito de abuso sexual sobre menor de 16 años, dos de ellos con el agravante de actuación conjunta para la felación.

Las acusaciones pedían que se les condenara por agresión sexual, en lugar de abuso sexual. Es un razonamiento que recuerda al mediático caso de la Manada de Pamplona.

Las magistradas María Jesús Manzano Meseguer y Roser Bach Fabregó, confirman en esta segunda instancia, recurso de apelación, lo resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona; los agresores no habían ejercido violencia o intimidación para vencer la oposición de la víctima a mantener relaciones sexuales, ya que esta no se encontraba en condiciones de oponerse activamente. La violencia y/o intimidación constituyen el rasgo diferenciador entre el abuso y la agresión sexual, y su interpretación es la causa de la acalorada disputa que existe entorno a los delitos contra la libertad sexual.

## **FALLO**

No ha lugar a los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los acusados.

Haber lugar a los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, revocarla en parte fijando una indemnización a favor de la menor en la cantidad de 60.000€ que abonarán los acusados conjunta y solidariamente.

### **VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO CARLES MIR PUIG**

Da la razón al Ministerio Fiscal y a las acusaciones en cuanto a la calificación de los hechos como agresión sexual.

Primeramente, la víctima tenía 16 años, y por tanto, opera la presunción de incapacidad para prestar consentimiento a mantener relaciones sexuales.

En segundo lugar, tiene en cuenta el hecho de que se produjeran varias agresiones por múltiples perpetradores, todos ellos con mayoría de edad y mayor constitución física que la víctima, a altas horas de la noche y en un lugar apartado, circunstancias que aseguraban la comisión del delito sin intromisiones, y sin que una hipotética resistencia por parte de la chica pudiera llegar a surgir efecto.

En tercer lugar, pone de relieve que los hechos se produjeron en un ambiente que podría calificarse como hostil o intimidatorio, donde ha resultado probado que uno de los chicos tenía lo que parecía un arma de fuego.

Asimismo, basándose también en sentencias anteriores, el magistrado recuerda que el estado de intoxicación por consumo de alcohol y marihuana no imposibilita la calificación de los hechos como agresión, ya que no puede exigirse que la víctima demuestre una cierta fuerza o resistencia para considerar unos hechos como los de este caso como agresión.

Se considera suficiente que la intimidación o violencia sean la vía efectiva que acabe llevando a la actividad sexual. En relación a este punto, Mir Puig considera también que no es viable la interpretación que establece que la víctima se encontró plenamente inconsciente durante toda la noche.

El mismo relato de los hechos probados dice que la menor “les hizo felaciones” y que podía moverse e interactuar en cierta medida, aunque su voluntad se encontraba anulada por la situación de intimidación en la que se encontraba, donde

los múltiples agresores “la cogían” para llevársela e imponerle mantener unas relaciones que ella, manifestó con claridad, que no consentía ni deseaba.

En conclusión, el voto particular considera que el ambiente en que ocurrieron los hechos era suficientemente intimidatorio para forzar a la víctima a mantener relaciones sexuales que no consentía ni deseaba sin requerir violencia. El ambiente intimidatorio era el que subyugó a los deseos del resto de los hombres, sin que ella tuviera capacidad para evitarlo dado el conjunto de circunstancias relatadas.

Es por ello que el magistrado cree que los hechos deberían haber sido calificados como agresión sexual en lugar de abuso sexual.