



Roj: **SAP B 12165/2019 - ECLI: ES:APB:2019:12165**

Id Cendoj: **08019370072019100311**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **7**

Fecha: **21/01/2019**

Nº de Recurso: **21/2017**

Nº de Resolución: **30/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **ANA RODRIGUEZ SANTAMARIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN SÉPTIMA

Rollo nº: 21/17-E

Sumario nº 03/2017

Juzgado de Instrucción nº 4 de Hospitalet de Llobregat

Procesado: Argimiro

SENTENCIA nº

Ilmo. Sr. Presidente:

D. José Grau Gassó

Ilmas. Sras. Magistradas:

D^a. Ana Rodríguez Santamaría

D^a. Gemma Garcés Sesé

En la Ciudad de Barcelona, a 21 de enero de 2019.

Vista en nombre de S.M. El Rey en Juicio Oral y público ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial, la presente causa nº 21/2017, Sumario nº 03/17, procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Hospitalet de Llobregat, seguido por delito de abuso sexual contra persona privada de sentido frente al procesado Argimiro, nacido en Paraguay el día NUM000 de 1989, hijo de Cirilo y Sonsoles, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Feixó Fernández- Vega y defendido por el Letrado Sr. Martínez Girón. Ha comparecido en el procedimiento el Ministerio Fiscal, en la Ilma. Sra. D^a. Sonia Díez, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. Ana Rodríguez Santamaría, la cual expresa el criterio unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción antes referido, se dictó auto de procesamiento frente a Argimiro, y una vez concluso el sumario, remitidas las actuaciones a esta Audiencia y calificados los hechos por la Acusación y la defensa letrada, fue señalado el día 10 de enero de 2019 para su enjuiciamiento.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto del juicio, interesó la condena de Argimiro como autor de un delito de abuso sexual con acceso carnal del artículo 181.1, 2 y 4 del Código Penal la pena de siete años de prisión así como la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de cinco años para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad y con el contenido que se fije en su momento, de conformidad con lo establecido en el artículo 106.2 del



Código Penal; igualmente la prohibición de aproximación y comunicación con Yolanda , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella por tiempo superior en tres años a la pena de prisión que se imponga sí como comunicarse con ella por el mismo tiempo, debiendo abonarle la cantidad de 7.000 euros en concepto de responsabilidad civil, cantidad que devengará los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las costas incluidas las de la acusación particular.

TERCERO.- Por su parte, la defensa de Argimiro interesó se dictara sentencia absolutoria para su cliente al no ser autor del delito que se le imputaba.

CUARTO.- En el acto del juicio oral, y después de practicada la prueba que se estimó pertinente de la propuesta por las partes, la acusación y la defensa formularon sus calificaciones definitivas, según se ha expuesto. Seguidamente las partes informaron lo que tuvieron por oportuno en apoyo de sus calificaciones, declarándose el juicio visto para sentencia una vez se dio al acusado la oportunidad de realizar una última alegación.

HECHOS PROBADOS

UNICO.- Tras la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, no ha quedado acreditado que las relaciones sexuales que Argimiro y Yolanda mantuvieron la noche del día 3 de enero de 2016 en el domicilio sito en la AVENIDA000 nº NUM001 , NUM002 de la localidad de Hospitalet de Llobregat, lo fueran mientras aquella dormía o estuviese inconsciente por el alcohol que pudiese haber ingerido esa noche.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución; y, de otro, que la Sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuar esa presunción de inocencia, para lo cual se hace necesario que la evidencia que le origine su resultado lo sea tanto con respecto a la existencia del hecho punible como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes. Así, conviene en este momento recordar dos principios consustanciales a nuestro derecho penal, cual son, de una parte el principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que es la obtenida en el juicio (salvo las excepciones constitucionalmente admitidas), que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero y STS 213/2002, de 14 de febrero).

De otra el principio in dubio pro reo , que viene a imponer al órgano enjuiciador al que le asalte la duda de cuál fue la verdad de los hechos materiales objeto de acusación y la participación que en ellos pudo tener el acusado, la libre absolución del mismo.

SEGUNDO.- Pues bien en el caso que nos ocupa no ha quedado desvirtuada la presunción de inocencia del acusado Argimiro que no puede por ello ser condenado como autor de un delito de abuso sexual sobre persona privada de sentido que le imputaba por el Ministerio Fiscal. El delito de abuso sexual se define como la realización de actos atentatorios a la libertad sexual de otra persona, sin violencia ni intimidación y sin el consentimiento de esta última, y presenta tres modalidades de conducta previstas en el artículo 181 del Código Penal, la segunda de las cuales, sobre persona privada de sentido, es precisamente la que aquí se atribuye a Argimiro .

No se ha probado, más allá de toda duda razonable, que esa fuera la situación de Yolanda la madrugada de autos, ni que Argimiro se valiese o aprovechara en forma alguna de la misma para obtener así un consentimiento viciado para conseguir las relaciones sexuales que mantuvieron, sin que pueda descartarse el hecho de que las mismas fueran consentidas. Las versiones de las partes no difieren mucho hasta el momento de quedarse solos en una habitación de la vivienda en la que vivía el procesado, que tenía alquilada una habitación a la madre de su amigo Florencio , que también vivía allí. Contamos con la declaración de la víctima prestada durante la instrucción con la presencia del letrado de la defensa, es decir respetando la contradicción y leída en el acto del juicio como previene el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haber podido ser citada en su domicilio dado que al parecer la misma ha vuelto a su país de procedencia, Paraguay, donde residiría en la actualidad. Argimiro , su amigo Florencio



y la amiga de la víctima Sra. Araceli depusieron en el plenario, aquel como procesado, los dos últimos en calidad de testigos. Declaraba la Sra. Yolanda durante la instrucción (folios 62 a 63) que salió esa noche junto con Argimiro Florencio y que fueron a una discoteca, durante la estancia en la cual bebieron una botella de whisky y de la que salieron sobre las seis de la madrugada, dirigiéndose al domicilio de Florencio y allí bebieron una botella de aguardiente. Precisa la víctima que nunca ante había tomado esta bebida, pero que los chicos la tranquilizaron sobre el particular; sin embargo tanto el procesado como su amigo convinieron en declarar que la botella de aguardiente la compró ella. Más allá de debates algo estériles sobre el origen de la botella lo cierto es que los tres, también Yolanda, ingirieron una gran cantidad de alcohol esa noche, lo que constata el análisis de la orina de ese mismo día que arroja una concentración de alcohol en sangre de 1,7 miligramos por litro de alcohol (ver análisis elaborado por el Instituto de Medicina Legal al folio 72)

La víctima relataba que una vez llegaron a la vivienda fueron a la habitación de Florencio que era la más alejada de la de la madre de este y que allí estuvieron los tres bebiendo, charlando y escuchando música hasta las 9 de la mañana en que ella se queda dormida. No recordaba, antes de eso, haber estado jugando a ningún juego erótico de la botella ni haber besado a Argimiro. Porque es aquí donde las versiones de procesado y víctima divergen por completo. Argimiro declara que mantuvieron relaciones sexuales completas, que ya lo habían hecho en ocasiones anteriores y que fue con pleno consentimiento de Yolanda que si bien había bebido, como él, estaba consciente en todo momento. Que tras mantener relaciones se quedaron dormidos y le despertaron tres llamadas de la amiga de Yolanda y ex pareja suya, Araceli de Santander. Aseguró que antes de mantener relaciones, ya en la habitación de Florencio, estuvieron jugando a un juego erótico, el de la botella,

a lo largo del cual se fueron quitando ropa y que en un momento dado su amigo salió de la habitación y fue cuando mantuvieron relaciones. Por su parte el amigo confirma este juego y que precisamente él salió de la habitación cuando "vio que sobraba" porque Argimiro y Yolanda empezaban a ponerse cariñosos y besarse.

Por tanto de lo que ocurrió en esa habitación solo tenemos constancia por la declaración de Argimiro Yolanda. La de él ya la hemos expuesto. La de ella, que tras quedarse dormida, se despierta a las 11.30 y se encuentra encima a Argimiro penetrándola vaginalmente, que entonces ella le dijo que porqué hacía eso y se fue a buscar a Florencio que estaba solo en su habitación y que él le dijo que se fuera que no quería problemas con su madre y que la declarante entró en shock, cogió sus cosas y se fue; que al ir hacia el metro se encontró a su amiga Araceli a la que Florencio había llamado para que fuera a buscarla. Nos encontramos ante dos versiones sobre las relaciones sexuales divergentes: según el acusado plenamente consentidas como ya había pasado antes y según la chica mientras dormía.

Si bien en términos generales la declaración de la víctima puede ser considerada como prueba de cargo con la suficiente entidad como para destruir la presunción de inocencia del acusado, en este caso carece de la misma por varios motivos. Primero por las relaciones que unían a las partes, y que pueden llevar a pensar en la posibilidad de que Yolanda contase esta versión por miedo a la reacción de su amiga Araceli, anterior pareja del procesado Argimiro. Así lo relató este mismo y lo reconoció la propia Araceli que depuso como testigo en el plenario; por su parte Yolanda, en su declaración a folios 63, manifiesta que efectivamente Araceli es celosa y que se iba a enfadar si se enteraba que había tenido una relación con Argimiro. Por lo demás es esta Araceli la que según declara llamó a Argimiro y así consta en la relación de llamadas entrantes al teléfono de este obrante en autos a folios 106 y siguientes

(siendo el teléfono de Araceli el NUM003 a folio 172 y el del procesado el NUM004). Le llama en dos ocasiones sobre las 9.19 horas. Además Yolanda también expone que la primera llamada es la que realiza Florencio para que Araceli fuese a recogerla a su casa, lo cual viene a corroborar la declaración de este testigo que manifestó en el plenario que esa mañana, tras la fiesta del día anterior, picó en la puerta de la habitación de Argimiro preocupado por si su madre llegaba y encontraba allí a Yolanda y que los encontró a los dos en la cama y Yolanda no se quería ir, por eso llamó a su amiga Araceli para que viniese a buscarla. Este testigo también confirma la declaración del procesado en el sentido de que Yolanda estaba normal, consciente; cierto que habían bebido y que así se refleja en el análisis de orina a que ya nos hemos referido, pero igualmente cierto que el grado de afectación de cada persona al alcohol depende de la habituación a su consumo y desconocemos como era en este caso el propio de la víctima, que reconoció la ingesta voluntaria de altas cantidades de alcohol al menos esa noche. De hecho en su declaración manifestó que era consciente de la gran cantidad de alcohol ingerido y recordaba todo lo sucedido hasta que se quedó dormida. A todo ello habremos de sumarle la existencia de previas relaciones entre Argimiro y Yolanda, reconocidas por ella misma en su declaración cuando preguntada por un primer intento de relación sexual que refirió ante el forense pone ella misma de manifiesto que sería otro día, quizá entonces sin el conocimiento de Araceli, no como en este día en que ella misma llamaba a Argimiro sospechando ya las relaciones entre este y su amiga Yolanda y que iba a buscarla a casa de Florencio. En definitiva que el Tribunal considera que no existe prueba de cargo de



la suficiente entidad como para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, por lo que en aplicación de los principios penales ya expuestos se impone su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

TERCERO.- Procede declarar de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse durante la tramitación de este procedimiento.

Vistos los artículos citados así como los de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Argimiro de ser autor del delito de abuso sexual del que venía acusado por el Ministerio Fiscal. Declaramos de oficio el pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la Ley, significándoles que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo de 10 días desde la notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en el día de la fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente constituida en audiencia pública en la sala de vistas de esta sección, de lo que yo el Secretario, certifico y doy fe.

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- En la misma fecha de su inserción en el programa Temis.

La extiendo yo, el/la Letrado/-a de la Administración de Justicia, para hacer constar que no puede garantizarse la integridad y exactitud de la anterior resolución, debido a frecuentes problemas informáticos ajenos a esta Sección al insertar las resoluciones en el programa Temis que no han sido resueltos por el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya a pesar de reiterados requerimientos, por lo que me remito a su original impresa en papel; doy fe.