



Roj: **SAP B 12544/2019 - ECLI: ES:APB:2019:12544**

Id Cendoj: **08019370072019100353**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **7**

Fecha: **27/05/2019**

Nº de Recurso: **19/2019**

Nº de Resolución: **339/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **GEMMA GARCÉS SESE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN SÉPTIMA

Procedimiento Abreviado núm. 19/2019-F

Origen: Diligencias Previas nº 27/2018

Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000

SENTENCIA nº /2019

Ilmos. Sres Magistrados:

Don José Grau Gassó

Don Pablo Díez Noval

Dña. Gemma Garcés Sesé

En Barcelona, a 27 de mayo de 2019

Vista por esta Sala de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, en juicio oral y público, la presente causa, Procedimiento Abreviado núm. 19/2019-F, procedente del Juzgado de Instrucción número 3 de DIRECCION000, en el que se registraron como Diligencias Previas nº 27/2018, por un delito de abuso sexual siendo acusado D. Fidel, nacido el NUM000 de 1977 en Chile, hijo de Genaro y Antonia, con NIE NUM001 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, representado por el Procurador D. Miquel Ylla Rico y asistido por el Letrado D. Ramón Parramon Bori. Ha comparecido el Ministerio Fiscal y como acusación particular D. Hermenegildo y Dña. Brigida, que ostentan la representación legal de su hija Rosaura, representados por la Procuradora Dña. Elisabet Jorquera Mestres y asistidos por la Letrada Dña. Sandra Tarte Font. Ha sido Ponente Dña. Gemma Garcés Sesé, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de denuncia presentada por la representación procesal de los Sres. Hermenegildo y Brigida el 9 de enero de 2018. Repartidas las diligencias al Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000, se incoaron las Diligencias Previas núm. 27/2018 y se practicaron las actuaciones de investigación que se consideraron necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de sus autores.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, consideró que los hechos de autos no eran constitutivos de delito alguno, solicitando la libre absolución del acusado.

La acusación particular, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual de los arts. 181.1 y 2 del Código Penal, estimando como responsable al acusado, en concepto de autor del art. 28 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad



criminal, solicitando la imposición de la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e imposición de las costas procesales. Asimismo solicitó se mantenga la prohibición de entrada en el término municipal de DIRECCION001 del acusado.

En igual trámite, la defensa del acusado solicitó la libre absolución.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial y señalado el juicio para el día 15 de mayo de 2019, a las 13:00 horas, se celebró con el resultado que consta en el acta y grabación. Al inicio del juicio y como cuestión previa el Ministerio Fiscal renunció a la testifical de la perjudicada Rosaura, mientras que la acusación particular propuso nueva documental, acordándose de conformidad, sin perjuicio del valor probatorio de la documental aportada. Practicada la declaración del acusado así como las pruebas testifical y documental, las partes elevaron sus conclusiones a definitivas. A continuación se concedió la palabra al acusado, quedando la causa pendiente de sentencia.

HECHOS PROBADOS

Mediante la prueba practicada en el acto del juicio oral ha resultado probado, y así se declara que Rosaura, nacida el NUM002 de 2000 sufre un DIRECCION004 por lo que fue incapacitada judicialmente por sentencia de fecha 13 de octubre de 2017, con un grado de discapacidad psíquica del 68% según evaluación realizada por el Departament de Treball, Afers Social i Families de la Generalitat de Catalunya.

En el año 2015, cuando Rosaura contaba con 15 años de edad y cursaba 4º de la ESO en el Instituto DIRECCION002 de la localidad de DIRECCION001, el citado centro escolar llevó a los alumnos a realizar prácticas en el DIRECCION003 sito en DIRECCION001, donde se encontraba trabajando el acusado Fidel, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, que entabló una relación de amistad con Rosaura, que devino en la intención de ambos de mantener una relación sentimental, intercambiándose mensajes, alguno con claro contenido sexual y la mayoría de índole amorosa, entre los cuales, el acusado hacía saber a la menor su intención de casarse con ella, cuidarla y llevarla a conocer su país de origen, relación que duró pocas semanas ante la oposición de los padres de que su hija mantuviera una relación sentimental con una persona de casi 40 años de edad.

Pese a la oposición de los padres, el acusado y Rosaura continuaron manteniendo contacto, remitiéndose mensajes telefónicos, llegando la menor a enviar a aquel una fotografía desnuda o vestida con ropa interior, a lo que correspondió el acusado remitiéndole una fotografía sin ropa en la parte superior. Tales hechos fueron descubiertos por los padres de la menor, que decidieron dar de baja a su hija de las prácticas que realizaba en el DIRECCION003 con la intención de que cesara el contacto entre aquellos.

A partir de ese momento, cesó la relación entre el acusado y la menor, hasta que en el año 2017 se encontraron en el tren, momento a partir del cual y durante unos meses, el acusado, con intención de mostrar su amor hacia la menor, pintaba corazones con spray en una casa abandonada o en las señales de tráfico próximas al domicilio de aquella que acompañaba con la frase "T'estimo Rosaura" y le remitía, con igual intención, constantes mensajes de WhatsApp.

Durante su relación, el acusado y Rosaura no llegaron a mantener relaciones sexuales, siendo que el único contacto físico existente entre aquellos fue algún beso en la mejilla, que ambos consintieron.

Por auto de fecha 7 de febrero de 2018 el Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000, en el ámbito de las Diligencias Previa nº 27/2018, acordó imponer al acusado la medida cautelar de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Rosaura, a su domicilio, centro escolar o cualquier lugar frecuentado por la misma y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados se han obtenido tras la valoración de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, de conformidad con lo que establece el art. 741 de la LECrim, concretamente la declaración del acusado, testifical de la Sra. Brígida y Sr. Hermenegildo y la prueba obrante en autos, dada por reproducida por todas las partes.

En cuanto a los hechos esenciales, no existe controversia entre las partes. El acusado reconoció en el acto del juicio, como así lo hizo en sede de instrucción, que conoció a Rosaura en el DIRECCION003 en el que trabajaba, entablaron amistad y posteriormente tuvieron intención de mantener una relación sentimental; conocía la edad de la menor pero no su posible DIRECCION004, como también supo de la oposición de los padres a dicha relación. Reconoció el acusado que la menor le remitió en una ocasión una foto desnuda y



otra en ropa interior, negando que hubiese sido a petición suya, sino que fue un acto voluntario de la menor, a lo que correspondió mandándole una foto suya desnudo de la parte superior. Reconoció haber mandado a Rosaura mensajes de carácter amoroso y otros con contenido sexual, manifestando que era un tonto entre ambos; nunca mantuvieron relaciones sexuales y únicamente le dio algún beso en la mejilla, cuando se vieron en carnavales y otra vez que salieron juntos, y meses después, cuando se encontraron en el tren que se despidieron con un beso en la mejilla. Por último, reconoció el acusado haber pintado corazones en las proximidades del domicilio de Rosaura, lo hizo porque sabía que a ella le gustaban y para dar la cara ante sus padres, que no le trataran de cobarde.

En similares términos se pronunciaron los progenitores de la menor, la Sra. Brigida y el Sr. Rosaura de cuyo testimonio se desprende que la menor les informó que tenía novio, de nombre Fidel, que le decía cosas muy bonitas que los demás chicos del colegio no le decían. Descubrieron que se trataba de un trabajador del DIRECCION003 al que acudía su hija, no les gustó la relación que mantenían dada la discapacidad de su hija y la diferencia de edad existente entre ambos, por lo que trataron de hablar con él y también con el dueño de DIRECCION003 mostrándoles su disconformidad con aquella relación, llegando incluso a dar de baja a su hija de las prácticas en DIRECCION003 y a quitarle el teléfono móvil, sin embargo, el acusado le compró uno nuevo. Tras ello cesó la relación, pero tiempo después, su hija se encontró con el acusado en el tren y de julio a diciembre de 2017 el acusado pintaba corazones en las proximidades de su domicilio, en las que ponía Rosaura te amo, y le mandaba mensajes diciéndole que quería estar con ella, que había soñado con ella. Durante la relación, sabían que se habían dado algún beso, desconociendo si había habido otro contacto físico y Rosaura le había mandado alguna foto desnuda y otra en ropa interior, aunque ellos únicamente vieron ésta última, y también otra que el acusado le mandó en ropa interior.

Por último, compareció el testigo Sr. Olegario, propietario del DIRECCION003, que confirmó la oposición y preocupación de los padres a la relación mantenida entre el acusado y la menor e informó al acusado de ello; afirmando que no vio nada extraño entre aquellos los pocos días que Rosaura acudió a las prácticas.

Como prueba documental, consta en las actuaciones la resolución por la que se reconoce el grado de discapacidad del 68% de la menor y la sentencia de fecha 13 de octubre de 2017 por la que se declara la incapacidad total de aquella afectando al ámbito patrimonial y personal.

Asimismo, consta informe forense de fecha 11 de abril de 2018 respecto del acusado, en el que se concluye que no tiene afectadas sus facultades cognoscitiva y volitiva, poseyendo un nivel intelectual dentro de los límites de la normalidad.

SEGUNDO.- Los anteriores hechos, son considerados por la acusación particular como un delito de abusos sexuales del art. 181.1 y 2 del Código Penal, mientras que el Ministerio Fiscal y la defensa sostienen la atipicidad de los mismos.

El art. 181.1 del Código Penal castiga "el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona..." Por su parte, el apartado segundo de dicho precepto legal dispone que "A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto".

Como señala la jurisprudencia (STS 517/2016, entre otras) el tipo básico viene caracterizado por la concurrencia de los siguientes elementos: a) un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual, en principio sin que represente acceso carnal; b) ese elemento objetivo puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de consentir libremente y c) un elemento subjetivo o tendencial que tiñe de antijuricidad la conducta y que se expresa en el clásico "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción sexual" elemento que la jurisprudencia más reciente (STS 547/2016) ha excluido, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviere el autor de la acción.

Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto de autos, de la lectura de los hechos probados (tampoco de los hechos punibles descritos en el escrito de acusación) no se desprende ninguna conducta realizada por el acusado que pueda encajarse en el delito de abuso sexual, único ilícito por el que se formula acusación. De la declaración del acusado así como del testimonio de los padres el único contacto corporal habido entre el acusado y Rosaura fueron algunos besos en la mejilla; ciertamente, dicho acto supone contacto físico y parece lógico, desde el punto de vista de los padres, que entiendan que se trate de una conducta inadecuada e impropia dada la discapacidad que presenta la menor y la diferencia de edad entre ésta y el



acusado, ahora bien, sin perjuicio de ello, no puede atribuirse a tal acto una incuestionable connotación o carga sexual como se pretende por la acusación, por tanto tales besos en la mejilla carecen de relevancia penal.

En relación a los mensajes remitidos por el acusado (cuyo contenido ni tan siquiera se describe por la acusación) la mayoría de ellos son mensajes amorosos y recíprocos, en los que ambos muestran el amor que sienten, tan solo alguno de ellos son expresivos de la intención de acusado de mantener relaciones sexuales con Rosaura, sin embargo, en dichos mensajes no se hace referencia a encuentros en fechas y lugares concretos y menos aún que aquellos encuentros íntimos hubiesen sucedido. Fue precisamente el descubrimiento de dichos mensajes de connotación sexual los que llevaron a los padres de la menor a formular la correspondiente denuncia, por su lógica preocupación de que se hubiesen materializado y ello pudiera estar poniendo en riesgo la indemnidad sexual de su hija, sin embargo, pese al componente sexual de alguno de ellos, al no venir seguidos de actos concretos de contenido sexual, pues el acusado ha negado su existencia y los padres de la menor desconocían ciertamente si se habían producido, sin que en todo caso su hija les hubiera referido contacto sexual alguno, impiden apreciar la conducta típica del delito de abuso sexual.

En los mismos términos debemos pronunciarnos respecto de las fotografías remitidas por la menor al acusado, los continuos mensajes que éste remitía a aquella con intención de retomar la relación o las pintadas aparecidas en las proximidades de su domicilio pues es evidente que de dichas conductas no se desprende contacto físico alguno entre ellos, sin perjuicio que tales actos pudieran haber sido constitutivos de otros ilícitos penales cuyo análisis está vedado a este Tribunal en aplicación del principio acusatorio.

Por tanto, la ausencia del elemento objetivo del tipo, lleva a la absolución del acusado del delito de abuso sexual por el que venía siendo acusado por la acusación particular, con todos los pronunciamientos favorables.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en el art. 240.2 de la LECrim procede declarar de oficio las costas procesales. No cabe imposición de costas a la acusación particular por no apreciarse temeridad o mala fe en su actuación procesal.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ABSOLVEMOS a D. Fidel del delito de abuso sexual del que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas procesales causadas.

Firme la presente resolución, se dejan sin efecto las medidas cautelares adoptadas contra el acusado por auto de fecha 7 de febrero de 2018 dictado por el Juzgado de instrucción nº 3 de DIRECCION000 en el procedimiento Diligencias Previas 27/2018.

Notifíquese esta resolución a las partes y hágaseles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo de diez días hábiles.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por las Magistradas que la dictaron, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.