



Roj: **SAP B 12578/2019 - ECLI: ES:APB:2019:12578**

Id Cendoj: **08019370062019100573**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **6**

Fecha: **17/07/2019**

Nº de Recurso: **18/2018**

Nº de Resolución: **517/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **MARIA ANGELES VIVAS LARRUY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### BARCELONA

### SECCIÓN SEXTA

ROLLO SUMARIO Nº 18/18EB

SUMARIO JINSTRUCCION 3/18

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 DIRECCION000

PROCESADO: Faustino

### SENTENCIA

TRIBUNAL:

D<sup>a</sup> Angels Vivas Larruy

D. José Manuel del Amo Sanchez

D. José Luis Ramírez Ortiz

Barcelona, a 17 de julio de 2019

VISTA en juicio oral y público, ante la SECCION SEXTA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, la presente causa, Rollo nº 18/18, dimanante del sumario nº 3/18 del Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000 , seguido por un delito abuso sexual a menor de 16 años, contra el procesado Faustino , con D.N.I. nº NUM000 , sin antecedentes penales, declarado insolvente, en **libertad provisional** por esta causa, representado por la procuradora Sra. Montserrat Colomina Danti y defendido por la letrada Sra. Carmen Viñals Alferez. Ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Antonio Torres Tur. Ha sido ponente la Ilma. Sra. Angels Vivas Larruy, en la presente resolución expreso el criterio unánime del tribunal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de atestado policial por denuncia, dictándose el 24/4/18 auto de incoación de este sumario en el que, tras la instrucción pertinente, se dictó auto de procesamiento el 21/8/18, siendo finalmente declarado concluso por el magistrado instructor, con emplazamiento de las partes. Elevada la causa a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial se unió al presente Rollo, formado en su día tras conocer la incoación del mismo, se designó ponente, y mediante auto se confirmó la conclusión del mismo acordándose la apertura del juicio oral, cumpliéndose los trámites de calificación provisional por el Ministerio Fiscal y, posteriormente, por la Defensa del procesado, proveyéndose sobre las pruebas propuestas por las partes. Señalada la fecha para la celebración de la vista oral ésta ha tenido lugar en el día 11/7/19, habiendo asistido todas las partes, y en la que se han practicado las pruebas, la



testifical, la pericial, del interrogatorio del procesado y la documental, con el resultado que se refleja en el acta correspondiente que lo es a todos los efectos la grabación en el sistema ARCONTE 2.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de 16 años del artículo 183.1º y 3º inciso primero en relación con el artículo 74 del CP, estimando responsable del mismo en concepto de autor al procesado Faustino , con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal muy cualificada nº 7 del art. 21 en relación al art. 183 quater del CP; y solicitando se le impusiera una pena de cinco años de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y de conformidad con el artículo 57 la prohibición de aproximarse a Candida , a su persona domicilio o cualquier lugar en el que se encontraba a una distancia inferior a 1000 metros y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por un tiempo superior en cinco años y un día al de prisión que se le impusiere así como el pago de las costas procesales. En concepto de responsabilidad Civil debe indemnizar en la cantidad de 3000 euros por los daños morales a Candida .

**TERCERO.-** La Defensa del procesado, en el mismo acto, mostró su disconformidad con la calificación del Ministerio Fiscal solicitando la libre absolución de su patrocinado.

## HECHOS PROBADOS

Se declara probado que Faustino , mayor de edad sin antecedentes penales con DNI NUM000 , entre las fechas de octubre de 2017 y abril de 2018 mantuvo una relación de conocimiento y amistad, en el contexto de una pandilla, con Candida nacida el NUM001 /2003 a la que conoció mediante otras amigas. En ese periodo, Candida acudió al menos en una ocasión en al domicilio de Faustino en la CALLE000 nº NUM002 de DIRECCION000 .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Los hechos relatados en el anterior apartado no son legalmente constitutivos de delito alguno. Se ha formulado acusación por el art. 183.1º y 3º del CP. Este precepto establece: " 1. *El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años...* y ... nº 3 *Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1...*"

La hipótesis acusatoria es que, el procesado en el momento de los hechos de 19, años sabiendo que ella tenía 14 mantuvo con la misma relaciones sexuales con penetración con un frecuencia semanal, llegando a quedarse embarazada la menor, que desde el punto de vista psicológico carecía de madurez para asumir las consecuencias de la relación con una persona adulta. Entendió también la acusación y por ello hace una modificación de su calificación que el procesado aunque no se le había practicado pruebas de carácter psicológico es una persona que por las explicaciones que da de su forma de vivir, que ya en santo Domingo tiene un hijo y otro aquí en España, manteniéndose desocupado pues solo trabajo un día en 4 años siendo rechazado por no apto, podría tener una edad asimilable a la de Candida , justificando ello la sustancial rebaja de pena que hace en la conclusión definitiva en aplicación de la Circular la Fiscalía 18/21 y en atención al escaso grado de madurez que le atribuye al procesado.

Por tanto, da por acreditados los hechos que sustenta en base a la versión que la testigo Candida ofrece en el juzgado de instrucción donde fue interrogada por el magistrado instructor en presencia del letrado de la defensa y del Ministerio Fiscal admitiendo que Faustino era su pareja, que habían mantenido relaciones sexuales y que el embarazo era de esa relación. Ello lo entiende corroborado con la declaración de la madre de Candida , Sra. María Luisa , que fue avisada por una persona (al parecer la pareja de Faustino y madre de su bebe) mediante whatssap de que su hija estaba en casa de Faustino y que mantenían esta relación, acudiendo junto con el padre Sr. Eloy del que se halla divorciada al citado domicilio a buscar a su hija, en el en efecto se hallaba.

Durante el acto del juicio la menor ha explicado que la declaración efectuada en instrucción y grabada, que hemos visualizado en la sala, la hizo porque tenía una mala relación con los padres, que es cierto que tenía relaciones sexuales pero no con Faustino y que es cierto que estuvo embarazada y aborto pero que el padre no era el procesado sino un chico de la clase con el que mantenía relaciones, que lo dijo todo por rabia contra los padres, que tenía muy mala relación que había repetido en dos ocasiones el curso de segundo de ESSO. Admitiendo solo que conocía a Faustino por otras amiga y que era una relación amistosa, que incluso llegaron a darse unos besos pero que él tenía un apareja que había tenido un bebe hacia muy poco tiempo.



Los testigos, padres de la menor, en particular, la madre ha indicado que recibió ese Whatsapp, en el que le hablaban de que la hija tenía una relación con el "padre de mi bebe y pareja" diciéndole en el domicilio donde se hallaba la "niña" Candida, por lo que ella avisó a su ex marido y enseguida fueron a buscarla llamando repetidamente en la puerta del domicilio, en el que salió un hermano del procesado y llamando por el móvil a su hija hasta que ésta bajó a la calle acompañada de Faustino al que le dijeron que ella era menor.

Lo cierto que no vieron nada personalmente, ni el chico les dijo nada, la madre ha indicado que en esa época estaba muy preocupada por la hija que con frecuencia faltaba a dormir en el domicilio, dejaba de ir a la escuela y no podía controlarla. Que ella se preocupó por lo que le decían en el mensaje y decidió ir a buscarla. Y ha respondido que no mantuvo conversación con la hija en aquel momento sobre los hechos, relatando también que sí tenía controlado que la niña "tenía una falta" y por ello fueron al hospital donde abortó. El padre en el mismo sentido, que estaban divorciados y le avisa la ex mujer, por lo que la acompaña a buscar a la hija. Respecto a la estancia en el hospital y la administración de la pastilla en el Cap de DIRECCION001 (fol.56) en marzo porque el test de embarazo era positivo, no hay documento alguno solo la declaración de la madre.

En cuanto a la prueba pericial el EATP (fols. 89-92) se ha realizado, únicamente respecto a la petición de juzgado de que se determinara la edad mental de maduración de la menor, concluyendo que no tiene consolidada maduración psicológica para tener la relación con adultos y valorar las consecuencias. Consta además una anamnesis y el reflejo del relato que dio la menor situando los hechos como una relación idílica con el procesado muy poco realista. Da cuenta también del momento difícil de la relación con los padres y del abandono escolar. Las psicólogas que realizaron el informe el 5/5/18 y pasado los test a la menor han comparecido ratificando su informe.

**SEGUNDO.-** Es claro que en este caso la única prueba directa que había que es la declaración de la menor, con dieciséis años en el momento del juicio y catorce cuando se hace la denuncia. En los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad. En consecuencia, como resalta la doctrina de la Sala II, el centro de atención recae sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral, así como en la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías.

En el presente caso, nos consta la declaración de la menor en el juzgado. La Sala entiende que, a pesar de tener ésta en aquel momento 14 años hubiera sido muy conveniente abordar la declaración mediante las técnicas de exploración de menores, ya que se pretendía hacer una prueba preconstituida así constaba titulada en la adjunta grabación en un CD con ese título, y se grabó en el juzgado 24/4/18 (folio 64). Sin embargo, consta en la certificación del letrado de la administración de justicia que es una declaración, que se hace un resumen que no consta, y que está presente el investigado lo cual tampoco se ajusta a la realidad, pues no estaba. En el acto solo estuvieron presentes el magistrado, la menor, la fiscal y el letrado del investigado.

La declaración practicada, que ha sido visualizada durante el juicio habida cuenta de que la menor desdecía lo anteriormente explicado en cuanto a los hechos acaecidos, carece a nuestro entender de todo valor. En primer lugar no cumple con los requisitos de la prueba preconstituida, pero en particular hay que resaltar que el interrogatorio en sí, no responde a su finalidad de esclarecimiento de los hechos ni puede tomarse en consideración para oponerse a la declaración efectuada en juicio por Candida.

Así ese interrogatorio, después de hacerle a Candida inexplicablemente las advertencias del art. 416 de la LECRIM respecto al investigado, partiendo de que era su pareja, se inicia un interrogatorio que no plantea preguntas abiertas para que la menor relate lo que pasó sobre los hechos, sino que se le van dirigiendo preguntas acompañadas, previa a la formulación, de frases que pretenden complicidades sobre el saber del contenido de las relaciones sexuales, sobre que el lenguaje que "podemos emplear" "nombremos a las cosas por su nombre" "ya somos todos mayores", "todos hemos tenido relaciones sexuales", "ya sabemos de lo que hablamos" "que si había sexo oral" "que si se usaba preservativo, contestándose, el instructor, que presume que no porque se quedó embarazada", "que si hacían todo", "con que frecuencia" respondiendo la chica, cuya lengua primera no es el castellano, "que lo normal", "que no por detrás" y "que tenía vergüenza" y le daba "corte de hablar de eso". Incluso diciéndole varias veces "no sé", manteniéndose en silencio, frente a lo que le reformulaba la pregunta, porque parecía que no sabía de qué se estaba hablando, dando el instructor más detalles sobre prácticas sexuales. En suma es un interrogatorio, aparte de inapropiado, que por su carácter inquisitivo y dirigido viene a invalidar la potencia de contraste que podría tener el hecho de que a un testigo se le evidencia la contradicción en la que incurre sobre lo que declara en juicio y lo que dijo en la instrucción, para ser valorado por la Sala.



Ella en juicio da una versión alternativa, niega la relación en los términos de la acusación, dice que la relación era con otro chico y focaliza en que la mala relación con sus padres, la exigencia de su madre sobre el colegio, sus estudios su comportamiento y el control sobre lo que hacia la hace "rebotarse".

No hay prueba de que hubo embarazo, más allá de que dice la madre que fue al CAP y le dieron una pastilla; no consta tampoco en qué términos y con qué indicación médica se hizo la prescripción de la medicación y la ingesta. No está documentado. Junto a esta negativa y digamos evasivas de Candida, la madre se apoya en el relato de ella en la suposición de que quién le envía un Whatsapp le dice la verdad justificando su actuar en la desesperación de la madre que busca a su hija que se comportaba de forma tan desordenada.

La única certeza es que un día la van a buscar al domicilio donde les dicen que esta y ella baja sale con Faustino de ese inmueble. No se ha hecho averiguación alguna de quien fuera esta "pareja del acusado", ni se la ha llamado tampoco a declarar a otras personas del entorno.

Establece el Tribunal Supremo, por todas STS de 26/4/12, ROJ 3496/2012 que Para determinar el contenido y alcance de la garantía de presunción de inocencia venimos exigiendo, con carácter general, que la aceptación convencida por el Juzgador de la verdad de la imputación se haya atendido al **método** legalmente establecido lo que ocurriría si los medios de prueba son considerados **válidos** y el debate se someta a las condiciones de **contradicción y publicidad**. Concurriendo tal presupuesto, por lo que se refiere al resultado de la actividad probatoria, se requiere que pueda asumirse **objetivamente** la **certeza** del Juzgador y no como mero convencimiento subjetivo de aquél. Tal objetividad no exige que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, pero sí que resulten fundadas por su vinculación a la actividad probatoria.

Pero exige, a su vez: **1º)** que pueda afirmarse la **inexistencia de vacío probatorio**, porque los medios de prueba practicados hayan aportado un contenido incriminador y **2º)** que la crítica de la valoración que el juzgador de instancia hace de tales medios y contenidos permita predicar de la acusación una veracidad objetivamente aceptable, y, en igual medida, estimar excluible su mendacidad. Ocurrirá así cuando se justifique la valoración expuesta en la sentencia de condena, de modo que se estime adecuada al canon de **coherencia lógica** partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas, y eso en relación a los elementos esenciales del delito, **tanto objetivos como subjetivos**, y, entre ellos, a la participación del acusado.

Finalmente, la objetiva razonabilidad de la aceptación de la acusación requiere la **inexistencia de alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena**. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables. Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad. Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, **tanto objetivos como subjetivos**, y, entre ellos, a la participación del acusado. Finalmente, la objetiva razonabilidad de la aceptación de la acusación requiere la inexistencia de alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena.

Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables. Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad. Puede pues decirse, finalmente, que **cuando existe una duda objetiva** debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente **absolución** del acusado. Sin que aquella duda sea parangonable a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Cuando la decisión de condena se funde en prueba de naturaleza indiciaria, en la que el juez infiere la concurrencia de los elementos fácticos típicos a partir de otras premisas fácticas, siguiendo cánones de lógica y experiencia, merece una específica consideración la enervación de presunción de inocencia.

La *Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2011* ha dicho al respecto que: A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: **1)** el hecho **los hechos bases** (o indicios) han de estar plenamente **probados**; **2)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos



bases completamente probados; **3)** se pueda controlar la **razonabilidad** de la **inferencia**, para lo que es preciso, en primer lugar, que el **órgano judicial exteriorice** los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que **explique el razonamiento o engarce lógico** entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes". Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia ....cuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada".

Es decir que en tales supuestos ha de constatarse tanto la **solidez** de la inferencia desde el canon de la lógica y la coherencia, como la **suficiencia** o carácter concluyente que se considerará ausente en los casos de inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas ( *Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2007* ). ( *SSTS nums. 122/2012 de 22 de febrero, 103/12 y 99/12 de 27 de febrero, 1342/11 de 14 de diciembre, 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre, 1385/11 de 22 de diciembre, 1270/2011 de 21 de noviembre, 1276/11 de 28 de noviembre, 1198/11 de 16 de noviembre, 1192/2011 de 16 de noviembre, 1159/11 de 7 de noviembre* ).

**TERCERO.-** Establecido lo anterior en este concreto nos encontramos frente a un vacío probatorio. Pues la declaraciones de la menor en instrucción no pueden considerarse prueba válida por las múltiples interferencias y suposiciones que se hacen desde quien interroga que prácticamente busca extraer las confirmaciones de lo que plantea. En el juicio se ha negado la existencia de relaciones sexuales, como hemos expuesto anteriormente y los testigos que acuden lo son de referencia anidados a un relato de la menor que en cierto modo construyen la madre, porque le mandan el mensaje, por las conversaciones muy exiguas y pobres con la hija que la rehúye, y con la única certeza de que un día concreto va buscarla a un domicilio y la ve salir del edificio con el acusado. A ello se añade el anudamiento de que al tener retrasos menstruales, dice la madre que la controlaba en este punto, la llevan al CAP y le dan la pastilla para evitar que avance el posible embarazo, que tampoco se prueba, pues como ms dicho nada esta documentado.

Por eso, excluida la declaración de Candida, el resto no tiene virtualidad alguna, por lo demás y en el acto del juicio, el acusado ha declarado por primera vez que no mantuvo relaciones sexuales con Candida que solo besos y que la relación era amistosa y de afecto pero que él tenía otra pareja (distinta a la que tiene en el momento del juicio) con la que tiene un hijo que en la fecha era un bebé de dos meses. Ello tampoco se corrobora porque como hemos dicho no hay prueba documental ni se ha traído a declarar a esa "pareja" que al parecer a la vista de lo que ocurría, entre el acusado y Candida, decide ponerse en contacto con la madre de la menor. Sin que tampoco se haya aclarado como esa "pareja" que manda el mensaje a la madre puede lograr un contacto con la misma.

En consecuencia, frente a este vacío probatorio, ya que no se confirma el hecho principal o base que vertebra la acusación es decir, que se mantuvieron relaciones sexuales consentidas entre el acusado de 19 años y la menor de 14 años, Candida en el periodo indicado; y por ello, sin hechos acreditados que pudieran ser típicos procede dictar sentencia absolutoria, sin necesidad de otros razonamientos basados en la concurrencia de las circunstancias modificativas de responsabilidad apoyados en la de proximidad de edad o de la madurez del acusado, sobre lo cual tampoco se ha efectuado ninguna prueba, que en su caso de haberse llegado a otra conclusión hubieran de conducir a la rebaja de pena o la exención como pedía la Defensa de forma subsidiaria, aplicando el artículo 183 quater del CP que regula la excusa absolutoria, a cuyo tenor "*El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez*".

**CUARTO.-** No procede hacer declaración alguna sobre autoría, circunstancias modificativas, penalidad ni responsabilidad civil, pues se dicta sentencia absolutoria. Las costas procesales que se hubieren causado en la tramitación de este procedimiento, se declaran de oficio.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS:

ABSOLVEMOS A Faustino del delito de abuso sexual con penetración a menor de dieciséis años del que venía siendo acusado. Se declaran de oficio las costas de este procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dentro del plazo de diez días.

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