



Roj: **SAP B 13532/2019 - ECLI: ES:APB:2019:13532**

Id Cendoj: **08019370052019100533**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **14/10/2019**

Nº de Recurso: **5/2018**

Nº de Resolución: **640/2019**

Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**

Ponente: **JOSE MARIA ASSALIT VIVES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

BARCELONA

Rollo nº 5/18

Sumario nº 2/17

Juzgado de Instrucción nº 10 de Barcelona

SENTENCIA Nº

José M^a Assalit Vives

Alicia Alcaraz Castillejos

Rosa Fernández Palma

En la ciudad de Barcelona, a catorce de octubre de dos mil diecinueve.

Vista, en juicio oral y público, ante la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Barcelona, la presente causa, rollo nº 5/18, Sumario nº 2/17, procedente del Juzgado de Instrucción nº 10 de los de Barcelona, por un presunto delito de agresión sexual, contra Ezequiel , con NIE nº NUM000 , nacido en Labe (República de Guinea) el día NUM001 de 1980, hijo de Florentino y de Rocío , en situación de libertad por esta causa, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y el acusado, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Paz López Lois y defendido por el Letrado D^o Javier Aguilar García; y siendo Ponente el Magistrado José M^a Assalit Vives.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se siguieron en esta Sección por un presunto delito de agresión sexual, y practicadas las oportunas diligencias se convocó a las partes a juicio oral, que se celebró los días señalados, y a cuyo acto comparecieron quienes resultan de las grabaciones del juicio.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, dirigiendo la acusación contra Ezequiel calificó los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual del artículo 179 del Código Penal, o subsidiariamente de un delito de abuso sexual del artículo 181.4, del propio código, considerando autor al acusado, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó se le impusiera por el delito de agresión sexual la pena de siete años de prisión; o subsidiariamente a la pena de cinco años de prisión; y al pago de las costas, así como, al amparo de los previsto en el artículo 192.1 del Código Penal, la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de diez años para su cumplimiento posterior a la pena de prisión y con el contenido que se fije en dicho momento, de conformidad con lo establecido en el artículo 106.2 del Código Penal, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.2 del Código Penal se acuerde la sustitución parcial de la pena de prisión por expulsión del territorio español, y en concreto exige el efectivo cumplimiento



de las 3/4 de la pena impuesta y la sustitución del resto por expulsión con una prohibición de regreso por plazo de seis años a contar desde la fecha de la expulsión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.5 del Código Penal, y en todo caso la expulsión del territorio español si antes de la fecha del cumplimiento de la parte de la pena que se haya fijado, el penado es clasificado en tercer grado o accede a la libertad condicional, tal y como establece el artículo 89.2, último inciso del repetido código. Finalmente solicitó que en caso de condena se libre testimonio de particulares para su remisión al Juzgado de lo Penal nº 15 de los de Barcelona, para su Ejecutoria nº 2513/15, a los efectos en su caso de la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena impuesta en dicha ejecutoria.

TERCERO.- La defensa del acusado en sus conclusiones definitivas se mostró disconforme con las del Ministerio Fiscal y solicitó la absolución de su defendido.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Ha resultado probado y así se declara que sobre las 03:00 horas del día 8 de agosto de 2016, Ezequiel , nacido el día NUM001 de 1980, hallándose en su domicilio sito en la CALLE000 nº NUM002 , NUM003 NUM003 de la ciudad de Barcelona, en compañía de Africa , nacida el día NUM004 de 1997, en el sofá del comedor, mantuvieron relaciones sexuales, que incluyeron la penetración, por el referido acusado, con su pene, la vagina de dicha mujer, durante el tiempo aproximado de 30 segundos, momento en que ésta dio por finalizadas dichas relaciones apartándolo y abandonando el referido domicilio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito contra la libertad sexual por el que el Ministerio Fiscal mantiene la acusación contra Ezequiel .

Se han considerado probados los hechos en méritos de la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio con todas las garantías y en concreto por las declaraciones de la denunciante Africa , por la declaración del acusado en cuanto admitió haber mantenido relaciones sexuales con la indicada aunque sosteniendo que fueron, en todo momento, consentidas por ella, y por el informe pericial forense emitido por dos forenses, lo que ha logrado conformar la convicción de este Tribunal.

Debemos recordar que de acuerdo con la doctrina de Tribunal Constitucional la presunción de inocencia ocasiona un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, debiendo ser suficiente para generar en el juzgador la evidencia de la existencia un hecho punible y de la responsabilidad penal que haya tenido en él el acusado, que la actividad probatoria debe sustentarse en auténticos medios de prueba obtenidos con respeto a los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral bajo los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, exceptuándose los supuestos de prueba preconstituida y anticipada siempre que se observe el de un cumplimiento de determinados requisitos materiales (imposibilidad de reproducción en el juicio oral), subjetivos (intervención del Juez de instrucción), objetivos (contradicción con la intervención de letrado) y formales (introducción en el juicio a través de la lectura de los documentos).

También debemos añadir que en los delitos contra la libertad sexual, ya se encuentren tipificados como agresión sexual, o como abuso sexual, el bien jurídico protegido es precisamente esa libertad, de la que son titulares los que participan en toda relación sexual.

Así pues, se precisa el consentimiento de todos ellos en el momento de realizarla y mientras transcurre toda la relación, pudiendo dar por finalizada la misma en cualquier momento, debiendo otorgarse ese consentimiento por ellos de forma libre y por personas que tenga capacidad y se hallen en condiciones de prestarlo.

Ese consentimiento debe ser expreso o en su caso tácito. Siendo el tácito una modalidad, en todo caso, de manifestación de esa voluntad de iniciar y mantener relaciones sexuales.

La anterior afirmación no supone que en el ámbito del procedimiento penal, en la fase de juicio oral, se pueda invertir la carga de la prueba -con vulneración de la presunción de inocencia que ampara a todo acusado-. En definitiva, quien participa en una relación sexual no debe probar ese consentimiento, ya sea expreso o tácito.

Pero tampoco supone que no se pueda dar por probada la falta de consentimiento con la única declaración de la víctima de una relación sexual no consentida. Pero en ese caso debe cumplirse con una serie de parámetros de valoración establecidos por la jurisprudencia. Valoración que debe realizar de forma expresa el Juez o Tribunal de enjuiciamiento.



En efecto, en supuestos, como los enjuiciados, en que únicamente se cuenta con la declaración de una única testigo de cargo que es la denunciante, y presunta víctima del ataque contra su libertad sexual, es posible enervar la presunción de inocencia que ampara a todo acusado mediante la declaración de un único testigo directo de los hechos, según doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo -que no es necesario citar-, (doctrina que surge como consecuencia de la desconfianza que desde el Derecho Romano se tiene en las declaraciones testificales: "testus unus testus nullus", y que es recibida por las "Partidas", aunque en la actualidad no sea aplicable), exigiendo -en caso de testifical única- la concurrencia motivada de tres requisitos: A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, debiéndose descartar la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o cualquier otro que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; B) Verosimilitud, es decir la constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que provengan de fuentes distintas a la indicada testifical; y, finalmente, C) Persistencia en la incriminación, debiendo ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

Si el principio general fuera, para enervar la presunción de inocencia, el de la suficiencia de la testifical única, sin más aditamento, no habría nacido la doctrina denominada del testigo único. Esta doctrina tiene como finalidad, por un lado el que en caso de infracciones penales en que no han sido presenciadas por más de un testigo -o de serlo no pueda contarse con más testigos- puedan dictarse sentencias condenatorias; y por el otro que frente a la testifical única, de quien pueda tener interés en su condena, el acusado no sea inexorablemente condenado exigiéndose la concurrencia de los expresados requisitos que deberán ser motivados expresamente por el Juzgador.

Debemos hacer notar que la jurisprudencia ha modulado la concurrencia de los expresados requisitos, si bien a nuestro juicio el requisito esencial e imprescindible es el segundo, pues su presencia no depende de la declaración del propio testigo único. Si así no fuera, el acusado se hallaría en total indefensión ante la declaración de un solo testigo, dotado de facilidad interpretativa y que faltara a la verdad de forma convincente, o ante un testigo de buena fe que errara, total o parcialmente, en su declaración, o su percepción de la realidad. Por eso la corroboración debe ser objetiva y externa, es decir proveniente de fuente distinta del testigo.

SEGUNDO.- Aplicada la expresada doctrina al caso sometido a nuestro enjuiciamiento, pasamos a continuación a efectuar la valoración de la testifical única de la denunciante Africa practicada en el acto del juicio, según los expresados parámetros:

A) Ausencia de incredibilidad subjetiva:

Se cumple con el expresado parámetro por cuanto no existe motivo alguno para considerar que la denunciante tenga un motivo o móvil espurio contra Ezequiel .

Preguntada por el Letrado del acusado en el acto del juicio oral, negó que tuviera interés económico en formular la denuncia contra el acusado, por tener el riesgo asegurado por compañía aseguradora.

B) Verosimilitud:

A nuestro juicio no se cumple en el caso de autos el expresado parámetro. Una vez admitido por el acusado, desde su primera declaración en la fase de instrucción de la causa y en el acto del juicio oral, que mantuvo relaciones sexuales plenas consentidas con Africa , las corroboraciones periféricas de carácter objetivo -que provengan de fuentes distintas a la propia víctima- no concurren en el presente caso, ya que el informe forense en el plenario fue claro concluyendo que la denunciante no presentaba ninguna lesión en su cuerpo, lesión que resultaría compatible con la declaración policial de ésta (folio 21) conforme la "cogió fuertemente la mano y se la apartó de su vagina y empezó a penetrarla con su pene". Añadiendo los peritos que presentaba una pequeña lesión en la zona del introito vaginal, cerca del periné, que podía ser compatible también con una relación sexual consentida.

C) Persistencia en la incriminación:

En el caso enjuiciado a nuestro entender tampoco concurre el expresado parámetro. Con respecto al mismo debemos señalar que la denunciante únicamente declaró en las dependencias policiales, pero no declaró ante el Instructor judicial, por ello la valoración de la referida persistencia únicamente se puede efectuar entre la declaración en el acto del juicio oral y aquella declaración policial, sin que por otro lado en base a esta última se pueda enervar la presunción de inocencia, al no contar con las garantías, ya mencionadas, subjetiva (intervención del Juez de instrucción), objetiva (contradicción con la intervención de letrado) y formal (introducción en el juicio a través de la lectura de los documentos), pero sí que puede servir y sirve en el caso de autos para realizar la valoración de este último parámetro: persistencia en la incriminación.



A nuestro juicio no se cumple, pues si bien son coincidentes ambas declaraciones de la denunciante en la parte inicial de las relaciones y en la fase última de las mismas, no lo son en cuanto a la parte central de las mismas, que es la esencial y más relevante para valorar el consentimiento, o su falta, durante toda la relación sexual.

En efecto, en la declaración policial declaró al respecto:

" . . .

Que la señora Africa manifiesta que durante aproximadamente unos 15 minutos estuvieron hablando con este chico y se empezaron a besar en el sofá del comedor.

Que la señora Africa se quitó la camiseta y el chico se quedó en calzoncillos y continuaron besándose.

Que el chico quería convencer a la senyora Africa para que fueran a la cama y mantener relaciones sexuales.

Que la señora Africa en todo momento le decía que no quería.

Que el chico le dijo si quería que le hiciera sexo oral y la senyora Africa continuó manifestando que no quería.

Que de repente notó como este chico que lo tenía encima sacó su pene e hizo la intención de penetrar a la señora Africa .

Que la señora Africa se tapó su vagina manifestando que no quería.

Que fue en este momento cuando este chico le cogió fuertemente la mano y se la apartó de su vagina y empezó a penetrarla con su pene.

Que estuvo como unos 30 segundos penetrándola y la señora Africa se lo quería quitar de encima empujándolo.

Que finalmente consiguió sacárselo de encima y se marchó corriendo de casa de este chico.

..."

Y en acto del juicio oral, si bien es cierto que siguió sosteniendo que fue voluntariamente al domicilio del acusado pero indicándole que no quería mantener relaciones sexuales con él, también manifestó que estuvieron en un sofá, que ella se quitó voluntariamente la parte de arriba de su vestimenta y que no llevaba bragas (no sabemos si se las quitó ella o ya iba sin ella), es decir que únicamente llevaba la falda colocada, y estando el acusado encima de ella, éste le subió la falda y le introdujo el pene en la vagina por el tiempo de 30 segundos, cuando ella lo apartó diciéndole que no. En la repetida declaración en el plenario, por videoconferencia celebrada desde el Reino Unido, no dijo nada con respecto a que antes de la penetración se puso la mano delante de la vagina para evitarla -como sí dijo en la declaración policial-, ni tampoco que el acusado le cogiera fuertemente la mano, y se la apartara de su vagina para poder penetrarla. Esa omisión, además de dejar huérfana de toda prueba -practicada con las ya mencionadas garantías- la supuesta violencia -lo que supuso seguramente que el Ministerio Fiscal modificara sus conclusiones de forma alternativa: de agresión sexual a abuso sexual-, supone, a nuestro juicio, también una falta de persistencia en la incriminación como parámetro ya consignado.

En definitiva, existen tres fases temporales en los hechos:

-La primera que dura hasta que el acusado se encuentra encima de ella en el sofá de su domicilio, estando la denunciante sin bragas y sólo con la falda puesta como toda vestimenta, y que transcurrió de forma voluntaria y consentida por la mujer.

-La segunda que transcurre seguidamente y sin solución de continuidad hasta que la denunciante empuja al acusado diciéndole que no. Fase en que tuvo lugar la penetración por él, con su pene en la vagina de ella y que duró aproximadamente 30 segundos.

-Y la tercera en que una vez se produjo ese empujón la denunciante abandonó el domicilio del acusado sin oposición de éste.

La segunda fase, que es de una duración temporal corta, en que tuvo lugar la penetración -admitido por el acusado-, es donde existe la divergencia entre la denunciante y el acusado, con respecto al consentimiento de la mujer, o su ausencia. A nuestro juicio carece, como hemos dicho, de corroboraciones periféricas objetivas y de persistencia en la incriminación.

Por todo lo expuesto, la tesis de la defensa del acusado conforme hubo consentimiento, ya sea expreso o tácito, de la denunciante, también en la repetida segunda fase (es decir en la penetración) resulta razonable, y por ello debe preferirse sobre la tesis acusatoria. que es la contraria, aunque también sea razonable, por aplicación del



principio *in dubio pro reo*, y en consecuencia debemos absolver al acusado de toda responsabilidad criminal por los hechos por los que se ha seguido la presente causa.

TERCERO.- Al dictarse sentencia absolutoria, procede declarar las costas del presente procedimiento de oficio.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Ezequiel de toda responsabilidad criminal por los hechos por los que se ha seguido la presente causa, con declaración de las costas de oficio; debiéndose levantar todas las medidas cautelares establecidas a partir de la presente sentencia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación dentro del plazo de cinco días.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS