



Roj: **SAP B 14467/2019 - ECLI: ES:APB:2019:14467**

Id Cendoj: **08019370052019100576**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **25/09/2019**

Nº de Recurso: **15/2019**

Nº de Resolución: **595/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **ELENA GUINDULAIN OLIVERAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN QUINTA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

ROLLO NÚM. 15/2019 J

DILIGENCIAS PREVIAS NÚM.558/2018

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚM.22 DE BARCELONA

SENTENCIA

ILMOS. SRES:

D^a ELENA GUINDULÁIN OLIVERAS

D^o JOSE MARÍA ASSALIT VIVES

D^o IGNACIO DE RAMÓN FORNS

En la Ciudad de Barcelona, a veinticinco de septiembre de 2019

Vista en juicio oral y público por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Barcelona, la causa de las referencias al margen, seguida por un delito de abuso sexual, contra el acusado D. Aureliano, de nacionalidad paquistaní con pasaporte nº NUM000, antecedentes penales, nacido en Pakistán el día NUM001 de 1982, hijo de Benigno y de Almudena, vecino de DIRECCION000 (Barcelona), en situación de libertad provisional por esta causa desde el día que pasó a disposición judicial, el 19 de junio de 2018, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Luque Toro y defendido por la Abogado D. Doña María del Carmen Mallen Gutiérrez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 183.1º del Código Penal. Estimó como responsable del delito como autor al acusado, sin que concurrieran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y pidió se le impusiera una pena de tres (3) años de prisión, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y el pago de las costas procesales y que indemnice a la menor Cecilia en la suma de 2000 euros. Solicita la sustitución parcial de la pena de prisión por la expulsión del territorio español. Exige el efectivo cumplimiento de las 2/3 partes de la pena y la sustitución del resto de la pena por expulsión con una prohibición de regreso por plazo de 10 años a contar desde la fecha de la expulsión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.5 del CP. Solicita la expulsión del territorio español del acusado si antes de la fecha de cumplimiento de 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 art. 89.1 último inciso CP. Interesa se imponga al acusado la prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 metros de la persona, domicilio o lugar en que se halle la menor Cecilia así como de comunicarse con la misma por cualquier medio, incluidos los telefónicos y



telemáticos por tiempo superior en tres años a la pena privativa de libertad que se le imponga. Solicita también al amparo de lo dispuesto en el artículo 192.1 del Código Penal, la imposición de la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de 10 años para su cumplimiento posterior a la pena de prisión que se imponga y con el contenido que se fije en dicho momento, de conformidad con lo establecido en el artículo 106.2 del CP

SEGUNDO.- En igual trámite la defensa del acusado Aureliano pidió su absolución.

Alegó que en ningún momento Aureliano, se acercó a la menor denunciante Cecilia, ni se encontraba en la AVENIDA000 de Barcelona el 18 de abril de 2018, ya que en estas fechas se encontraba fuera de la provincia de Barcelona

HECHOS PROBADOS

Se declaran probados los siguientes hechos:

El día 18 de junio de 2018, a las 16,55 horas Emma indicó, a los funcionarios de la guardia urbana adscritos a la Unidad de Playas con TIP NUM002 y NUM003, en la PLAYA000 NUM004, que el acusado Aureliano, mayor de edad y sin antecedentes penales, que se encontraba en el lugar, vistiendo una camiseta naranja vendiendo latas de cerveza, había realizado tocamientos a una amiga suya Cecilia.

Emma contactó telefónicamente con Cecilia que acudió junto con su padre, al módulo de la playa de DIRECCION001 donde fue trasladado por los agentes de la Guardia Urbana con TIP TIP NUM002 y NUM003 el acusado Aureliano, al que identificó como la persona que le realizó tocamientos sexuales el 18 de abril de 2018.

Por lo que los agentes actuantes procedieron a su detención a las 18:10 horas del día 18 de junio de 2018, por haber realizado tocamientos sexuales a una menor de edad en la vía pública.

El día 28 de abril de 2018 la menor de dieciséis años Cecilia nacida el NUM005 de 2002, acompañada de su padre Moises interpuso denuncia en la que manifestó que " el día 18 de abril de 2018, entre la franja horaria de las 19 y las 20 horas se encontraba en la AVENIDA000 NUM006 de Barcelona. Que se encontraba realizando Skate con sus amigas en el DIRECCION002 de la misma dirección. Que cuando decidieron marchar del parque con sus amigas se paro en el semaforo que estaba de color rojo, mientras sus amigas los cruzaron en verde ya que iban mas adelantadas. Que mientras esperaba en el semaforo notó que una persona le comenzó a hacer tocamientos por la zona de los brazos, nalgas, pelvis, pechos y cuello. Que esta persona seria un hombre de edad entre 33 y 38 complexión gorda, altura 1,75 a 1,80, vestía pantalones negros, camiseta naranja, pelo corto, piel morena ojos marrones, podría ser de origen pakistani y que la ropa que vestía podía ser un uniforme de trabajo. Que la denunciante se quedo bloqueada. Que subio al patinete y se fue caminando en direccion donde se encontraban sus amigas. Que mientras caminaba junto con sus amigas el presunto autor de los hechos las iba siguiendo.- Que mientras caminaban se encontraron un monitor del DIRECCION002. Que en aquel momento el presunto autor se fue corriendo por un parque cercano del DIRECCION002. Que llamaron al 112 y llego una patrulla de los Mossos desquadra. Que la patrulla junto con la denunciante realizo una busqueda con resultado negativo.

No ha quedado probado que el Aureliano realizara tocamientos sexuales a la menor Cecilia, ni ha quedado probado que actos efectuó la persona que coincidio con la menor en el semaforo sobre su cuerpo y por encima de la ropa que vestía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años, tipificado y penado en el artículo 183.1 del Código Penal.

Es jurisprudencia del Alto Tribunal reciente sobre el delito de abuso sexual enjuiciado y sobre la declaración de la víctima menor la que expone la reciente Sentencia del TS de 12 de marzo de 2019.

"...Tal y como reiteradamente viene declarando este Tribunal (sentencia 644/2013, de 19 de julio, con expresa cita de las sentencias núm. 187/2012, de 20 de marzo, 688/2012, de 27 de septiembre y 724/2012, de 2 de octubre) "... la declaración de la víctima puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aunque sea la única prueba concurrente, lo que es frecuente que suceda en casos de agresión sexual. También es reiterada la doctrina jurisprudencial que sostiene que la credibilidad del testimonio de las víctimas corresponde valorarla al órgano de enjuiciamiento, que es el que dispone de inmediación. Lo que compete a este Tribunal de Casación, a través del motivo casacional por presunción de inocencia, es el control de



la racionalidad de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Es constante la doctrina que insiste en que para verificar la estructura racional de dicho proceso valorativo se establecen notas o parámetros que coadyuvan a su valoración, y que consisten, en síntesis, en el análisis de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

La misma doctrina jurisprudencial reitera que la falta de credibilidad de la víctima o perjudicado puede derivar de la existencia de móviles espurios o abyectos, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo, pues pueden concurrir razones vinculadas a las previas relaciones acusado - víctima, indicadoras de móviles de odio, resentimiento, venganza o enemistad (STS 22 de octubre de 2012).

El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa). ...

... El tercer parámetro de valoración consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a la jurisprudenciales supone: a) ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima; b) concreción en la declaración; c) ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.".....

..3. Conforme señalábamos en la sentencia núm. 147/2017, de 8 de marzo , desde la reforma del Código Penal operada mediante Ley Orgánica 5/2010, se ha introducido en el Código Penal un nuevo artículo 183 que tipifica el abuso específico sobre menor de 13 años, lo que ha supuesto un considerable aumento de la pena, además de eliminar la libertad sexual como bien jurídico cuando se trata de una víctima de esa edad. Porque, como dijimos en la sentencia núm. 476/2006, de 2 de mayo , en los supuestos de menor de 13 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido, por lo que resulta irrelevante el consentimiento de aquél en mantener relaciones, toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerado libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la licitud de este. El bien jurídico protegido se fija por la jurisprudencia en la denominada indemnidad sexual. Se recuerda así en la sentencia número 54/2016 , que el móvil del autor, singularmente el denominado ánimo libidinoso, resulta excluido como elemento del tipo.

En el mismo sentido, la sentencia número 490/2015, de 25 de mayo esta Sala incluye en las conductas sancionadas por el tipo del artículo 183.1, los actos de inequívoco carácter sexual incluidos tocamientos en la zona vaginal o pectoral idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, es decir su derecho a no verse involucradas en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad. En la sentencia número 517/2016, de 14 de junio , decíamos que la ley no presume la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización de un acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero si presume la falta de capacidad de consentimiento jurídico y en virtud de esa presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica.

Por lo que se refiere al dolo o elemento subjetivo, la sentencia número 411/2014, 26 de mayo , recuerda que el tipo subjetivo de los delitos de agresión y abuso sexual lo que exige es el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que voluntariamente se ejecuta, y la conciencia de afectación del bien jurídico. Generalmente concurrirá también un ánimo tendencial consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, pero este ánimo no viene exigido por el tipo, y por ello no puede exigirse su acreditación en el ámbito de la presunción de inocencia, pues se puede atentar al bien jurídico protegido, aun cuando no concurra. En definitiva, la realización violenta o incontestada de una conducta de inequívoco contenido sexual que atente contra el bien jurídico protegido, integra los tipos de agresión o abuso sexual, sin que sea exigible la acreditación de un específico ánimo tendencial. En consecuencia, la descripción fáctica por el Tribunal de instancia de una conducta que incluya la realización incontestada de un acto de inequívoco contenido sexual que atente contra bien jurídico protegido, permite a este Tribunal, como una mera cuestión de subsunción, valorar la tipicidad de tal conducta. Y en la sentencia número 897/2014, de 15 de diciembre se refiere al dolo de atentar contra la indemnidad sexual de un menor (de menos de 13 años de edad), o lo que es lo mismo, no someterle a situaciones que comprometen su dignidad y desarrollo sexual. Pero, de todas formas, no puede prescindirse en la actuación del agente del correspondiente dolo, es decir, obrar con conocimiento de que la acción compromete esos valores y con voluntad de atentar sobre los mismos, con independencia de la satisfacción sexual que reciba el sujeto activo del delito, o lo que se ha venido denominando ánimo lubrico o libidinoso. En definitiva, es necesario al menos que concurra el ánimo tendencial

de atentar contra el bien jurídico protegido, que lo es la libertad o indemnidad sexual de la víctima, aunque no el ánimo de satisfacerse sexualmente con el acto ejecutado por el autor del hecho.

Aplicando al caso enjuiciado la jurisprudencia indicada y partiendo de un análisis de la prueba practicada en el juicio y aportada a dicho acto; podemos afirmar:

La prueba practicada en el juicio permite constatar:

* Que el acusado niega haber efectuado tocamientos sexuales el día 18 de abril de 2018 a la menor Cecilia a la altura del semáforo ubicado en el nº NUM006 de la AVENIDA000 de Barcelona.

* Indica que este día no estaba en España.

* Admite haber sido detenido del día 18 de junio de 2018, por agentes de la Guardia Urbana en la PLAYA000 nº NUM004 por haber realizado tocamientos sexuales a una menor de edad en la vía pública.

* Declaró que no conoce a Cecilia . Que no se acercó por detrás a una chica de 15 años de edad. Que habla poco inglés. Sólo unas palabras. Que no la ha tocado por encima de la ropa.

* Que no recuerda la fecha en que fue detenido. Que la detención fue el año pasado en verano y había mucha gente. Que estaba en la playa. Que vendía cerveza y agua

Que Cecilia de 17 años afirmó en el juicio que se celebró el 16.9.2019:

Que por estas fechas, iba con otras dos amigas. Cuando estaba atravesando la calzada a la altura del semáforo ubicado en el nº NUM006 de la AVENIDA000 de Barcelona, una persona le vino por detrás. *Lo sintió, le iba tocando los hombros, el pecho la cadera, las ingles diciendo en ingles la palabra "slow".* Se quedo bloqueada. Sus dos amigas estaban al otro lado. *Vio la cara del acusado.* Salió corriendo. Llamaron a la policía. Los tocamientos se produjeron durante quince segundos. Su amiga Emma vio a esta persona. No lo ha vuelto ver. No tiene miedo. No le ha afectado. Tiene miedo que le pase a otra persona.

Que Emma declaró en el juicio:

Que tiene 17 años. Que el 18 de abril estaba con Cecilia . Salían del DIRECCION002 . Estaban en el semáforo. Se puso en ambar. Ella y otra chica cruzaron. Cecilia se quedo en el otro lado. Otra persona la cogió por la cintura y caminaba a su lado. Empezaron a cruzar la calzada. Le decía cosas. Empezaron a cruzar la calzada. El chico la cogía por detrás. Ellas se fueron corriendo. Lo vieron nuevamente en el césped sentado. Llamaron al 112. La policía se llevó a Cecilia . Lo vio de nuevo en la playa vendiendo cervezas. Al cabo de unas semanas vio que este hombre vendía cervezas en la playa fue a los guardias y le dijeron que tenia que denunciar.

A preguntas de la defensa manifestó: *Lo vio el 18 de abril. Estaba cerca. La cogió por la cintura iba junto a ella no recuerda bien. Después del día 18 de abril lo vio en la playa. Le ofreció si quería cerveza. Llevaba la misma camiseta no se la cambiaba. Aviso a Cecilia . Cecilia fue con su abuela a denunciar.*

Cogió de la cintura a Cecilia y empezó a cruzar. Se acercaron a ellas. Sonreía. Se fijo en el polo que vestía y en su cara. Vende cerveza en el DIRECCION002 y lo conocía.

El agente de la Guardia Urbana NUM002 declaró en el juicio: Que el 18 de junio de 2018 estaba de servicio con su compañera. Les paró una chica (Emma). Les explicó que unos días antes un chico que ahora estaba en la playa le había hecho tocamientos a su amiga. Le pidieron que indicara quién era. Lo señaló sin duda. Trasladaron al chico al modulo de playas de DIRECCION001 . Ella llamó a la chica (Cecilia). Cecilia no tuvo duda alguna al identificar al acusado.

La agente NUM003 declaró en el juicio. Que intervino el 18 de junio 2018 a las 17 horas. Les requirió una de las chicas. Les dijo que un vendedor ambulante había realizado tocamientos a su amiga. Trasladaron al acusado al modulo de la playa. Se llamo a Cecilia . La camiseta que vestía el acusado era naranja o roja.

Cecilia , nacida en Barcelona el día NUM005 .2002 declaro en la instrucción el 17 de julio de 2018, *a presencia de su madre y del Ministerio Fiscal*(transcurridos cuatro meses de los hechos). Que los hechos (sucedidos el 18 de abril de 2018) ocurrieron cuando la declarante y sus dos amigas habían cruzado el semáforo. *Que su amiga Emma es quien reconoció a este señor..... Que fue su amiga quien lo vió. Que la declarante y su amiga salieron corriendo . Que al cabo de unos días Emma lo vio en la playa. Que la Guardia Urbana llamó a la declarante para que fuera a reconocerlo porque lo tenían retenido. Que no lo conocía de nada. Que el agresor lo tenia retenido la policía cuando la declarante lo reconoció.*

Emma , en la instrucción judicial en fecha 31 de julio de 2018 a presencia de su madre declaró: Que el día de los hechos estaba con su amiga Cecilia y otra amiga y al ir a cruzar el semáforo Cecilia se quedo sin cruzar y desde allí vieron como la tocaba por todo el cuerpo y Cecilia se quedo paralizada y la declarante le dijo vamos



rápido y el hombre dijo algo en su idioma. Que al cabo de 20 minutos lo volvieron a ver por las inmediaciones. Que llamaron a la policía y que cuando llegó no lo encontró. *Al día siguiente lo volvió a ver en la playa y vio como escondía latas en la arena. Que esta seguro que era el porque llevaba la misma camiseta. Que al cabo de dos días se volvió a cruzar con el y se le quedo mirando.*

Por lo que analizada la prueba se comprueba que hay contradicciones esenciales en la declaración de Cecilia .

En la declaración judicial en la instrucción (folio 65) dice Que su amiga Emma es quien reconoció a este señor..... Que fue su amiga quien lo vio. Que la declarante y su amiga salieron corriendo. que no vio al agresor.

De estas manifestaciones debe inferirse que Cecilia no vio a este señor.

Ello es congruente con las manifestaciones de Cecilia que refiere que el hombre se acerco por detrás y que la cogió y con el hecho de que ella su amiga salieron corriendo.

Y en el juicio dijo que vio la cara del acusado

De otra parte, comparando las declaraciones de Cecilia y de Emma , observamos que Emma relata que vio los hechos a corta distancia al otro lado de la acera y en el juicio los actos que relata hizo el Sr fue "coger por detrás por la cintura a Cecilia ", indicando que no recuerda con exactitud" cuando en su declaración judicial en la instrucción explicó que le tocaba por todo el cuerpo, siendo ilógico y contradictorio que no relate los tocamientos en las ingles, en los pechos, en el cuello cuando estaba en frente y a corta distancia.

Además parece que Cecilia reconoció al acusado cuando estaba retenido en el modulo. Con lo que si previamente Cecilia había sido advertida que el agresor estaba retenido tal reconocimiento puede estar sugerido por las circunstancias en que se produjo, los comentarios que sobre los hechos podían haberse intercambiado ambas amigas.

Por otra parte Emma relató en el juicio a preguntas del Fiscal que solo vio en dos días al acusado para preguntas de la defensa decir que lo conocía de vender latas de cerveza en el DIRECCION002 . Además Emma relata de forma distinta en la declaración instructora (folio 72) expresando que lo vio al día de los hechos que lo volvió a ver en la playa al día siguiente y que al cabo de dos días lo volvió a ver.

Ello comporta que no haya quedado probado los actos sexuales que realizo el agresor al resultar incomprensible que no coincidan los relatados por Cecilia y los vistos a corta distancia por Emma , ni la autoría del acusado había cuenta que las contradicciones existente en el testimonio de Cecilia sobre si visualizo a este hombre o si solo lo visualizo Emma , teniendo en cuenta que la declaración de Emma en el juzgado se realizo cuatro meses después de los hechos y que la declaración de Aureliano incurre en contradicción a preguntas del Ministerio Fiscal y la defensa sobre las veces en las que vio al autor de los hechos, contradicciones en las fechas en que lo volvió a ver en su declaración judicial.

SEGUNDO.- Las costas procesales se declaran de oficio por mandato del artículo 249 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

ABSOLVEMOS al acusado Aureliano del delito de abuso sexual a menor de dieciséis años del artículo 183.1 del CP del que ha sido acusado por el Ministerio Fiscal.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes y de forma personal al acusado, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en plazo de diez desde la ultima notificación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.