



Roj: **SAP B 14570/2019 - ECLI: ES:APB:2019:14570**

Id Cendoj: **08019370222019100789**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **22**

Fecha: **04/07/2019**

Nº de Recurso: **2/2018**

Nº de Resolución: **580/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **PATRICIA MARTINEZ MADERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial de Barcelona

Sección Vigésimosegunda

Rollo Sumario núm. 2/2018

Referencia de procedencia:

JUZGADO INSTRUCCIÓN 26 BARCELONA

Rollo de Sumario núm. 6/2017

SENTENCIA NÚM. 580/2019

Magistrados/das:

Joan Francesc Uría Martínez

Patricia Martínez Madero

Carlos Cerrada Loranca

La dicta la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona en la presente causa Procedimiento Sumario núm. 2/2018, procedente del Juzgado de Instrucción 26 de Barcelona, seguida por delito de abusos sexuales a menor de dieciséis años contra Sabino , con NIE NUM000 , mayor de edad, nacido en Paquistán, con domicilio en C/ DIRECCION000 núm. NUM001 de Barcelona.

Han sido partes el acusado Sabino , representado por Eva Morcillo Villanueva y defendido por Georgia de la Mata Rabassa, la acusación particular Milagros representada por Diana Paola Suarez Villa y defendida por Josep Lluís Solsona Cotela y el Ministerio Fiscal.

De esta sentencia, que expresa la opinión del Tribunal, ha sido ponente Patricia Martínez Madero.

Barcelona, cuatro de julio de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 26 de Barcelona acordó tramitar las Diligencias Previas nº 1230/2016, transformadas en Sumario nº 6/2017 por un presunto delito de abusos sexuales a menor de dieciséis años, contra Sabino , según lo dispuesto en el Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, correspondiendo a esta Sala su enjuiciamiento y fallo.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral eleva a definitivas sus conclusiones provisionales, calificando los hechos a que se refiere el presente procedimiento como constitutivos de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años del artículo 183.1 y 3 del Código Penal, del que es autor el procesado, e interesa la pena de nueve años de prisión y las costas. Asimismo y de conformidad al artículo 57.1 del Código Penal, interesa que se imponga al procesado la pena de prohibición de aproximación a Milagros y a su



domicilio, por un tiempo superior en cinco años a la pena de prisión. De conformidad al artículo 192.1 del Código Penal interesa la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años. En concepto de responsabilidad civil interesa que Sabino indemnice a Milagros en la cantidad de tres mil euros por el abuso sexual sobre ella cometido.

La acusación particular de Milagros interesa el archivo de la causa.

TERCERO.- Por su parte la defensa, en igual trámite eleva a definitivas sus conclusiones provisionales e interesa la absolución del acusado. Tras los correspondientes informes, y audiencia a Sabino, se acordó que quedaban las actuaciones para sentencia en fecha 1 de julio de 2019.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Ha quedado acreditado que sobre las 14.30 horas del día 24 de noviembre de 2016, el procesado, Sabino, conocido como Sabino, con residencia legal en España, de diecinueve años de edad, y sin antecedentes penales, se dirigió en compañía de Milagros, de catorce años de edad, al domicilio de ésta, sito en la CALLE000 de esta ciudad, junto a dos amigos suyos, uno de ellos menor de edad, y el otro de 19 años de edad, Arcadio, conocido como Canicas, y la amiga de Milagros, Angelina, donde comieron y algunos consumieron bebidas alcohólicas en el salón.

En un momento determinado Milagros se dejó llevar en brazos por el procesado Sabino hasta la cama del dormitorio de los padres, donde tras desnudarse ambos, mantuvieron relaciones sexuales consentidas.

A su vez el menor de edad se llevó a la también menor Angelina a otra habitación, habiéndose seguido diligencias en la jurisdicción de menores por lo allí ocurrido.

Sabino y Milagros, vestida con una camiseta de hombre, salieron de la habitación hacia el salón, donde se encontraba Angelina, Arcadio y el menor de edad. Poco después la menor Angelina se fue del piso, y Sabino, Milagros y el otro menor entraron en una habitación, habiéndose seguido diligencias por la actuación del menor en el interior de la habitación, que han finalizado por Sentencia absolutoria firme de fecha 10 de mayo de 2018.

No ha quedado acreditado lo que sucedió entre Milagros y Sabino en el interior de dicha habitación.

La madre de la menor llegó a la vivienda cuando los tres se encontraban todavía en el interior de esa habitación del piso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que el Ministerio Fiscal atribuye al procesado y que de resultar probados integrarían jurídicamente el delito objeto de imputación, no han quedado acreditados en todos sus extremos con la suficiencia jurisprudencialmente exigida para poder dictar un pronunciamiento de condena, al no existir, desde el punto de vista técnico, pruebas de cargo de las que se deriven elementos incriminatorios con eficacia para desvirtuar la presunción provisional de inocencia que, según doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica, ampara a todas las personas, en tanto no se destruya por una actividad probatoria legítima, practicada (salvo excepciones muy contadas, cual la prueba preconstituida o anticipada de imposible o muy difícil reproducción) en el plenario (celebrado en condiciones de igualdad entre acusado y acusador) y con el juego de los principios de inmediación, oralidad, publicidad, concentración y, muy particular y específicamente, de contradicción y defensa.

Así no ha quedado acreditado que el procesado Sabino, pese a la negativa manifestada por la menor Milagros, la penetrara vaginalmente sin llegar a eyacular, sucediendo esto en el interior de una habitación del piso sito en la CALLE000 de Barcelona, donde la menor tenía su domicilio, siendo sorprendidos por la madre de la menor.

Es pacífico que el testimonio de la víctima pueda constituirse en prueba de cargo de los hechos por ella imputados, si bien deben valorarse determinados parámetros, que recuerda el Tribunal Supremo entre otras en STS Sala 2ª de 12 abril de 2019, fto. Jco. 1º que "... La declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, una vez que se contrasta con los datos objetivos que figuran en la causa. Y ello incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que no es extraño que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en lugares ocultos y ajenos a la visión de terceros, no suele ser fácil hallar pruebas concluyentes diferentes a las manifestaciones de la víctima.



Así lo han entendido tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 229/1991, de 28 de noviembre ; 64/1.994, de 28 de febrero ; y 195/2.002, de 28 de octubre ,como esta misma Sala (SSTS 339/2007, de 30 de abril ; 187/2012, de 20 de marzo ; 688/2012, de 27 de septiembre : 788/2012, de 24 de octubre ; 469/2013, de 5 de junio ; 553/2014, de 30 de junio , entre otras). La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de instancia en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, esta Sala viene estableciendo ciertas pautas o patrones que, sin constituir cada una de ellos una exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

Es claro que estos módulos de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial sólo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

La deficiencia en uno de los criterios no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento de otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, un insuficiente cumplimiento de los tres módulos de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre (SSTS 938/2016, de 15-12 ; 514/2017, de 6-7 ; 434/2017, de 15-6 ; y 573/2017, de 18-7 , entre otras).

No obstante, también tiene advertido este Tribunal (STS 437/2015, de 9-7) que los criterios de "credibilidad subjetiva", "verosimilitud" y "persistencia en la incriminación" no constituyen requisitos de validez, sino estándares orientados a facilitar la objetivación y la expresión de la valoración del cuadro probatorio, pero que tienen un valor sólo relativo, tal como se advertía en la STS 3/2015, de 20 de enero , de manera que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro no debe ser tenido como determinante para fundamentar una condena. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo superara tendría que ser desestimado a limine como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, habrá que pasar, en un segundo momento, a analizar sus aportaciones y a confrontarlas, si cabe, con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos (también STS 263/2017, de 7-4).

En lo que respecta a la credibilidad subjetiva de las víctimas, se acostumbra a constatar, además de por algunas características físicas o psíquicas singulares del testigo que debilitan su testimonio (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil, etcétera), por la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En lo concerniente al parámetro de la credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, lo centra la jurisprudencia en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

Y en lo que atañe a la persistencia en la incriminación, se plasma en la ausencia de modificaciones y de contradicciones sustanciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima en el curso del procedimiento, tanto en su versión general de los hechos como en sus particularidades y circunstancias más relevantes y significativas..." En términos similares las STS Sala 2ª, S 5-2-2015, nº 57/2015, rec. 1646/2014, FJ 1º y la STS de 12 de diciembre de 2018.

En el caso de autos Milagros , pese a estar personada en la causa como acusación particular a través de su representante legal, no ha comparecido al juicio oral, y no ha podido ser localizada pese a la averiguación de paradero acordada. Lo mismo puede decirse de su madre, Salome , testigo en la causa. La letrada de la menor interesa en nombre de su cliente el archivo de la causa.

La representante del Ministerio Fiscal ante la imposibilidad de localizar a la menor, interesó la lectura de su declaración previa en la causa, y así se acordó, pero advierte el Tribunal que existen contradicciones sustanciales en sus sucesivas declaraciones. Así en sede policial en fecha 28 de noviembre de 2016 (folios 37



a 41) explicó que "... el 24 de noviembre de 2016 sobre las 12 horas fue al centro comercial La Maquinista junto con su amiga Angelina , que habían quedado allí con un amigo de su ex pareja, de nombre Canicas , siendo su ex pareja Luis Pablo , que después llegaron dos amigos de Canicas : Benedicto y Sabino , pakistaníes. Que sobre las 14.30 horas fueron Angelina , Canicas y Sabino a su domicilio a comer, permaneciendo Benedicto en el centro comercial. Que sus padres no estaban en su domicilio. Que de camino a casa se encontraron con otro amigo de su ex pareja, llamado " Gumersindo ", al que invitó a ir a comer a su casa. Que después de comer se encontraban todos sentados en el sofá del comedor, que Gumersindo cogió a su amiga Angelina y la llevó en brazos a la habitación y su amiga accedió a ir. Que Sabino también la cogió a ella en brazos y la llevó a otra habitación diferente, que tanto ella como su amiga accedieron a ir a las respectivas habitaciones. Que Sabino cerró la puerta , se quitó la ropa suya y la de ella y mantuvieron relaciones sexuales con penetración totalmente consentidas. Que después los dos salieron al comedor, que allí estaba su amiga Angelina sentada hablando con Gumersindo y Canicas . Que ella para salir de la habitación se puso sólo una camiseta de su padre, que no se puso ropa interior. Que Sabino salió primero de la habitación y cuando ella iba a salir Gumersindo se puso delante de la puerta de la habitación y dijo "ahora me toca a mi", que ella le dijo que la dejara tranquila, que entonces Gumersindo la empujó sobre la cama mientras le decía "tranquila, no pasa nada", que se resistió mientras éste le quitaba la camiseta y la forzaba empleando mucha fuerza a mantener relaciones sexuales, que la penetró y eyaculó en su interior, que no sabe si llevaba preservativo, que salió con Gumersindo hacia el comedor porque su amiga Angelina le estaba llamando. Que su amiga Angelina se fue sobre las 16.20 horas porque tenía que hacer de canguro, que ella no quería que la dejara sola con los tres chicos en su domicilio. Que entonces Gumersindo y Sabino la cogieron del brazo y la llevaron de nuevo a la habitación mientras hacían comentarios sobre hacer un trio. Que ella les decía que estaba incómoda y ponía excusas de tener la menstruación para que desistieran. Que en el interior de la habitación le quitaron la camiseta mientras se desnudaban, que Gumersindo le obligó a hacerle una felación aunque ella no quería, que no llegó a eyacular porque justo en ese momento llegó su madre...". En este primer relato por tanto no explica que Sabino en el interior de la habitación en esta segunda ocasión la obligara a mantener relaciones sexuales. Es en su posterior declaración judicial en fecha 1 de marzo de 2017, obrante al folio 232 a 234, que refiere "... los hechos ocurrieron en la habitación de sus padres y los que la agredieron sexualmente fueron Sabino y Gumersindo , que Gumersindo le obligó a que le hiciera una feclación cogiéndola por los pelos y empujándole la cabeza. Que la declarante estaba sentada y simultáneamente Sabino la penetraba con su pene por la vagina. Que la declarante no consintió en realizar estos actos con ninguno de los dos aunque no la amenazaron...que fue en ese momento cuando entró su madre.... "

De lo transcrito resulta una variación sustancial en el relato de la menor, que en un primer momento sólo alude a una relación sexual consentida con Sabino , y es después que le atribuye a éste su intervención en un trio no consentido, penetrándola vaginalmente mientras el menor le obliga a hacerle una felación. No se trata de un aspecto secundario sino sustancial ya que el Ministerio Fiscal que recoge en su escrito de calificación una primera relación sexual con penetración consentida, entiende que es esta segunda penetración no consentida lo que integra el delito de abuso sexual imputado. Como ya hemos anticipado el Tribunal no puede calificar como persistente el testimonio de Milagros , pues no sólo no ha comparecido al plenario, sino que sus declaraciones previas introducidas en el plenario al amparo de los artículos 715 y 730 de la LECr son contradictorias en aspectos nucleares de los hechos imputados. Por tanto el testimonio de la menor no constituye prueba de cargo suficiente de los hechos imputados.

Otro tanto puede sostenerse en relación a su madre, pues tampoco ha comparecido al plenario, y además su declaración sobre estos hechos de forma manifiestamente indebida se intercala con las manifestaciones de la menor, cuando su presencia en la declaración de Milagros obedecía a su condición de representante legal de la misma. En todo caso al folio 233 se recoge que Salome "... entró en la habitación y vio que su hija estaba sentada en la cama vistiendo sólo la camiseta de su marida y padre de la menor, y otro chico estaba desnudo y tumbado y el otro de pie, desnudo, en la cama, contra la pared y cogía la cabeza de su hija forzándola.". Por lo que en relación al aquí acusado lo único que la madre presencia es que estaba desnudo y tumbado en la cama, en clara contradicción con las manifestaciones de la menor que relata que estaba penetrándola vaginalmente cuando su madre llegó.

La restante prueba practicada resulta asimismo insuficiente, ya que si bien Angelina en el acto del juicio oral sí explicó que se la llevaron al cuarto y escuchó cómo ella no quería, y que se fue del domicilio sabiendo que la estaban forzando; también relata que ella tuvo relaciones con Gumersindo no consentidas, dato éste de nuevo contradictorio con la versión que ofrece Milagros , y con las manifestaciones de Gumersindo que además atribuye a Milagros la iniciativa del trio. Estas contradicciones y el dato, que ciertamente no tiene efecto vinculante, pero tampoco es inocuo en esta causa, de que en el Juzgado de Menores en las actuaciones seguidas contra el menor Gumersindo por estos hechos, se dictó Sentencia absolutoria ya firme, determinan que la prueba de cargo se estime insuficiente y deba prevalecer el derecho a la presunción de inocencia de Sabino .



SEGUNDO.- Según disponen los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas se declaran de oficio.

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

FALLO

ABSOLVEMOS a Sabino del delito de abuso sexual que se le imputaba en las presentes actuaciones, con declaración de las costas de oficio.

Esta resolución es recurrible en apelación ante la sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el plazo de cinco días.

Así lo acuerda el Tribunal y lo firman los Magistrados que lo integran.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ