



Roj: **SAP B 8957/2019 - ECLI: ES:APB:2019:8957**

Id Cendoj: **08019370102019100317**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **10**

Fecha: **20/06/2019**

Nº de Recurso: **70/2018**

Nº de Resolución: **353/2019**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MONTSERRAT COMAS DE ARGEMIR CENDRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMA

Rollo PA núm. 70/18Diligencias Previas

Diligencias Previas nº 88/2016

Juzgado de Instrucción núm. 4 de DIRECCION000

S E N T E N C I A No.353/2019

Ilmas e Ilmo Magistradas/o

Sra. MONTSERRAT COMAS ARGEMIR CENDRA

Sr. JOSÉ ANTONIO LAGARES MORILLO

Sra. TATIANA TURIELLA GÓMEZ

En Barcelona, a Veinte de Junio de dos mil diecinueve.

VISTA, en juicio oral y publico, ante la SECCION DECIMA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, la presente causa arriba referenciada, seguida por un delito de abuso sexual continuado, contra el acusado Antonio , nacido el día NUM000 -1965, en DIRECCION001 (Almería), hijo de Balbino y de Amelia , en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Nuria Fraile Antolin y defendido por el Letrado Balbino Alvarez Perez, siendo parte acusadora el MINISTERIO FISCAL.

Es ponente la Magistrada Sra. MONTSERRAT COMAS ARGEMIR CENDRA, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa se incoó en virtud de atestado, por denuncia de Consuelo , madre de la menor Maribel , dando lugar a las Diligencias Previas instruidas por el Juzgado arriba referenciado, en las que el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de Abuso Sexual a menor de trece años, continuado, previsto y penado en el artículo 183.1º del CP (en su redacción vigente en fecha de los hechos, anterior a la LO 1/15, por resultar más favorable) en relación con art. 74 CP del que consideró autor al acusado, no concurriendo en él ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y solicitando se le imponga la pena de cuatro, años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de acercarse a Maribel en el periodo de cinco años y con la medida de libertad vigilada durante 8 años y la imposición de las costas. La defensa solicitó la absolución del acusado negando los hechos objeto de acusación.

SEGUNDO .- La presente causa fue turnada para su enjuiciamiento a esta Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que fue registrada con el número antes reseñado, designándose magistrada ponente y



admitiéndose las pruebas propuestas por la acusación y la defensa, y señalándose la fecha para el comienzo de las sesiones del Juicio Oral que tuvo lugar en el día de ayer con la asistencia del acusado y demás partes procesales que constan en el acta.

TERCERO .- Abierta la sesión del acto del juicio, y conocidas por el acusado las peticiones de la acusación y la defensa, se practicó la prueba propuesta y admitida, consistente en el interrogatorio del acusado, testifical, pericial y documental por reproducida, con el resultado que obra en el correspondiente soporte de grabación audiovisual.

CUARTO .- Por el Ministerio Fiscal, en el trámite de calificación elevó a definitivas sus conclusiones provisionales formuladas en su escrito de acusación. En el mismo trámite, la defensa del acusado concluyó solicitando su libre absolución con las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento, elevando a definitivas las conclusiones formuladas en su escrito de defensa dándose la última palabra al acusado y declarándose el juicio visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El acusado Antonio , sin antecedentes penales, hacia el mes de abril del 2015, alquiló una habitación de su vivienda, en CALLE000 , NUM001 , NUM002 , de DIRECCION000 , a Consuelo , en la cual vivía ésta con su hija Maribel , nacida el NUM003 /2003 y otro hijo mayor de edad, de 21 años.

SEGUNDO.- El día 22-3-2016 Consuelo presentó en la comisaría de los Mossos d'Esquadra, acompañada de su hija Maribel de 12 años de edad, una denuncia contra el acusado por abuso sexual a su hija, marchándose dicho día del piso.

No se ha acreditado que en una ocasión, encontrándose a solas con la menor se estirase con ella en el sofá y, con ánimo de satisfacer sus lúbricos deseos, le tocara los pechos, la espalda, glúteos y zona genital, por encima de la ropa. Tampoco se ha acreditado que en los sucesivos meses, el acusado continuara con la misma actitud hacia la menor, aprovechando las ocasiones en que se encontraban solos en la vivienda para intentar besarla y tocarle los glúteos o el cuerpo, a cambio de cinco euros, o en otras ocasiones, le preguntara si había perdido la virginidad y le dijese que cuando su madre no estuviera, fuera a su cuarto y le enseñaría lo que quisiera para cuando tuviera relaciones sexuales, entre otras expresiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Del estudio de las pruebas testificales, y documentales practicadas en el juicio oral, nos lleva a la convicción de que no hay prueba de cargo suficiente para considerar acreditados los hechos objeto de acusación al no haberse enervado el principio de presunción de inocencia del art. 24 CE que le ampara, lo que conforme al art. 741 de la Lecrim nos aboca a un veredicto absolutorio.

Necesario es recordar en este punto, que a toda persona acusada de la comisión de un hecho ilícito, se la presume inocente hasta que las pruebas en contrario presentadas en juicio oral ante el tribunal competente, demuestran de forma irrefutable su culpabilidad. Dicho principio constitucional - art. 24.1 CE - debe guiar siempre el análisis valorativo a efectuar por los órganos jurisdiccionales, pues comporta a su vez la carga ineluctable de la prueba sobre quien imputa tales hechos delictivos. Solo cuando se ponga a disposición del tribunal una o varias pruebas de cargo inequívocamente incriminatorias y plenamente fiables, podremos considerar desvirtuado el principio de presunción de inocencia que ampara al acusado (art. 24.2 CE).

Tal y como establece la STS 604/2012, de 20 de junio "... la objetiva razonabilidad de la aceptación de la acusación podrá predicarse ante 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 se consiga tal justificación de la duda, 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.

A estos efectos la STS nº 406/2005 de 23 de marzo se establece que una de las formas posibles de quebrantamiento del derecho a la presunción de inocencia -y no la menos grave- radica en el tratamiento unilateral del cuadro probatorio emergente de un juicio, por haberse tomado únicamente en consideración, o



con manifiesto desequilibrio en su favor, la hipótesis avanzada por la acusación; prescindiendo de la propuesta por la defensa o sin refutarla de manera eficaz. Así se ha entendido en sentencias de este tribunal (por todas, SSTS 1208/2002, 19 de junio y 1579/2003, 21 de noviembre) que decidieron en el sentido de integrar los elementos de prueba tomados en consideración por el de instancia con los demás, indebidamente eludidos, para hacer posible el necesario examen de todos en su interrelación.

Pues bien, en el caso sometido a juicio debemos partir del hecho de que el acusado -en su legítimo derecho de defensa- ha negado desde el principio ser el autor de los hechos. Según su versión tenía alquilada una habitación, desde el mes de abril del 2015 por doscientos cincuenta euros, a la madre de la menor Maribel donde vivía con otro hijo mayor de edad de 21 años, con derecho a poder cocinar y compartir el salón comedor. Negó rotundamente los hechos por los que está acusado y manifestó literalmente su versión de la siguiente forma *"No le hice tocamientos. Me repugna. Actúe muy bien con ellos porque estaban en la calle. Es una venganza de la madre. Me debía dinero del alquiler. Se desocupaba de la niña. Hable con ella de que no podía seguir en la casa y que además estaba muy descuidada y le dije que se fuera. Un día empezó a insultarme. Dos días antes de la denuncia Maribel entró un día en el bar cercano al domicilio diciendo ahora te vas a enterar. A mi madre no le haces esto"*.

Frente a ello, la única prueba que la Acusación Pública ha proporcionado al Tribunal respecto a los hechos y autoría de los mismos es la declaración de la menor a través de la prueba preconstituida realizada ante el órgano instructor, con contradicción de partes, al estar presente el investigado, su letrado, el Ministerio Fiscal y el Juez-Instructor.

Tal y como viene manteniendo uniforme y reiterada jurisprudencia de la Sala II del TS (entre otras la 90/2007 , 412/2007 , 629/2007 , 893/2007 , 889/2006 reiterando otras muchas más antiguas de 10-3-00 , 21-1 , 11-3 y 25-4-98 y 16 y 17-1-91 , 1-6-94 , 14-7-95 , 12-2 - , 13-3 y 17-4-96 y 10-3-00) las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías, y son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

Ahora bien según la jurisprudencia citada, para que la declaración de la víctima, cuando es la única prueba de cargo, pueda conllevar la condena del acusado, se exige una cuidada y prudente valoración del Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa. Son notas necesarias que debe reunir el testimonio de la viabilidad como prueba de cargo: **a)** ausencia de incredulidad subjetiva, derivada de las previas relaciones acusado-víctima, que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, de venganza o enemistad que puede enturbiar la sinceridad del testimonio; **b)** verosimilitud del testimonio, que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima y **c)** persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Esto significa que la declaración ha de ser concreta y precisa, narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar, coherente y sin contradicciones, y persistente, es decir, constante en lo sustancial en las diversas declaraciones.

Pues bien, aplicando dicha doctrina jurisprudencial unánime y pacífica al caso enjuiciado, no hemos podido llegar a la convicción de los hechos objeto de acusación, por cuanto la grabación de la conversación de la psicóloga con la menor Maribel realizada como prueba pre constituida, es tan defectuosa y tan mal grabada que no pudo ser oída en el plenario, ni siquiera tras hacer un receso para que los servicios informáticos pudieran cambiar el altavoz o revisar el sistema de audición, lo cual no fue posible, por cuanto el problema no reside en el reproductor sino en la propia grabación realizada ante el Juzgado Instructor. Por ello se acordó por el Tribunal, con la conformidad de las partes, que antes de dictar sentencia sería visualizada la prueba y oída mediante auriculares por los componentes del Tribunal. La defensa expresó que él no había logrado poder oír en su integridad la prueba testifical al estar mal grabada.

En estas condiciones y visualizada la grabación durante los cincuenta y cinco minutos de su duración, antes de dictar sentencia, constatamos que así, como se puede oír perfectamente lo que dice el Juez Instructor, no sucede así lo que dice ni la psicóloga ni la menor durante la exploración que se hizo en habitación separada de las partes. Un noventa por ciento de lo que dicen ambas no se puede escuchar bien. Esta circunstancia fue constatada por el propio Juez Instructor y las partes que asistían -al oírse como se lamentan de que no se escuche bien-. También esta circunstancia se pone de manifiesto cuando la psicóloga después de la exploración acude a la sala donde se encuentran las partes procesales, a fin de que le manifiesten si debe realizar más preguntas a la menor: las preguntas del Juez Instructor, de la Sra. Fiscal y de la defensa van orientadas a que concrete varias cuestiones por ser defectuosa la grabación y no haber oído bien su relato. Ignoramos las razones por las que se continuó con la declaración, aun sabiendo que no se le escuchaba bien.



Ignoramos también la razón del porque la acusación pública que calificó los hechos, sabiendo que la grabación es defectuosa, ha solicitado la reproducción en el plenario de esta prueba pre constituida, sin solicitar la declaración la testifical de la menor en el plenario.

De lo que acertamos a escuchar se constata que Maribel relata que el acusado le tocó por encima de la ropa, sin que a pesar de la insistencia de la psicóloga para que concretara en que partes del cuerpo, se llegue a su concreción repitiendo varias veces "por todo el cuerpo". Tampoco visualizamos que con sus manos llegue a concretar alguna parte concreta de su cuerpo salvo el momento que señala los pechos. No se concretan los espacios cronológicos de cuando sucedieron posibles tocamientos, ni el lugar de los mismos salvo una ocasión en el sofá. Ante la insistencia de que diga si fue una única vez o varias, no quiere concretar nada distinto a la palabra "todo el tiempo". No sabemos si en los grandes espacios en las que constatamos que habla, sin que podamos comprender lo que dice, se produce alguna concreción, aunque deducimos que no muchas, a la vista de las preguntas que las partes quieren que la psicóloga le realice una vez terminada la primera parte de la exploración. De esta forma las mismas preguntas que constan hechas por las partes el día de la grabación, respecto a que zonas del cuerpo se habían realizado los tocamientos, en qué periodos, lugar, vestimenta que portaba, si era por encima o debajo la ropa, etc., son las que tampoco ha podido dilucidar este Tribunal, al no poder ser oídas correctamente e íntegramente sus respuestas.

Tampoco gozamos de ninguna otra prueba periférica que corrobore la declaración de la menor en este particular y trascendente ámbito. En efecto, de la declaración testifical de su madre Consuelo, que no vio los hechos, no se desprende un relato que pueda de forma indirecta corroborar la existencia de abusos sexuales continuados a su hija. Corroboró que conocía al acusado y a su hermano de verlos en un bar cerca del domicilio y que le alquiló una habitación en las condiciones que ya había relatado el acusado. Respecto a la denuncia interpuesta ante los Mossos d'Esquadra en el que denunció unos hechos referidos a un único día en que su hija recibió tocamientos -no se relata en la denuncia que fueran de forma continuada-, manifestó que la hizo a raíz de que la madre de una amiga de su hija le dijo que quería hablar de un tema muy delicado refiriéndose a que el acusado "le hacía cosas". Por dicha razón habló con su hija que le confirmó que le había tocado y que no lo había relatado antes para que no las echara y que ella entendió que se produjo en una sola ocasión. Al ser preguntada para que ampliase el relato de su hija manifestó que no había vuelto a hablar con ella de este tema porque "ella no podía con el tema y por eso no había leído tampoco el informe" y que fue su hijo el que le dijo que pusiera una denuncia. Negó haber tenido problemas con el acusado, aunque aceptó que el hijo de éste le había dicho que tenían que marcharse de la habitación alquilada. Respecto a su hija manifestó no haber tenido secuelas y que se deja influenciar. A preguntas de la defensa manifestó que su hija había sido ya madre de una niña y que el padre era el novio que tenía desde hace dos años.

El informe psicológico realizado por el EAT Penal (f. 158 a 161) y ratificado en juicio por una de sus firmantes Angelica, al estar de baja por enfermedad la otra perito, concluye que se descarta la fabulación y se considera compatible con una experiencia vivida. Manifestó que la exploración se hizo en marzo del 2016 y que su forma de contestar expresa una actitud defensiva a nivel emocional, con disonancia es decir con explicación de los hechos poniendo mucha distancia, porque es su forma de expresarse. No podemos afirmar ni negar que el informe sea acertado, al haber sido realizado mediante la exploración de la menor. El relato que las peritos escucharon no lo hemos podido escuchar nosotros.

En resumen, del análisis de las pruebas practicadas en el juicio oral el Tribunal no ha alcanzado un juicio de certeza ni de convicción acerca de los hechos, al carecer de la prueba estrella, cual es la declaración testifical de la menor, a fin de poder valorar su propio relato, su coherencia, su persistencia. No fue solicitada su declaración en el plenario y la prueba pre constituida fue grabada en las condiciones que hemos explicitado, de forma que no se escucha su relato por estar mal grabado. Los hechos, podrían haber pasado al aludir la menor a "unos tocamientos", pero no tenemos la convicción de que hayan pasado tal y como se narran en el escrito de acusación. Además existe una contradicción importante entre la denuncia y el relato de la madre en el plenario que alude a que los hechos sucedieron un único día, con el escrito de acusación en el que se relatan varios hechos sucedidos en varios días formulándose acusación por un delito de abuso sexual de carácter continuado. Sea porque sucediera una vez, o sea porque sucedieran varias, lo cierto es que no hemos alcanzado un juicio de certeza y convicción de los mismos.

Resulta de aplicación al caso enjuiciado el principio de derecho penal de *in dubio pro reo* el cual cobra virtualidad en los supuestos de duda razonable, en los que existiendo prueba de cargo, esa no es suficiente para generar la íntima convicción del Juzgador, debiendo éste inclinarse ante la duda por la absolución. *el cual* cobra virtualidad en los supuestos, en los que existiendo prueba de cargo, esa no es suficiente para generar la íntima convicción del Juzgador, debiendo éste inclinarse ante la duda por la absolución, lo que, por las razones antes expuestas es lo que acaece en el presente caso, en el que practicada la prueba de cargo anteriormente analizada, existen dudas razonables acerca de la autoría del delito objeto de la acusación (STS 383/2010, de



5-5 FD Segundo, que ratifica las de 21-5-97 y 9-5-2003). De esta forma, la STS de 17 de Julio de 2002 en que se dice que el *in dubio pro reo* "no es un derecho que asista al recurrente sino un instrumento del que se debe valer el Tribunal cuando no alcance la plena convicción sobre la culpabilidad del acusado". Por todo ello, procede la absolución del acusado al no haberse destruido el principio de presunción de inocencia que le ampara.

SEGUNDO.- La inexistencia de responsabilidad criminal comporta "ope legis" la absolución de toda responsabilidad civil y de la condena en costas, conforme a lo establecido en los arts. 123 del Código Penal y 270 de la Lecrim .

Vistos los preceptos legales citados así como los de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS:

ABSOLVEMOS a Antonio , del delito de abusos sexuales continuados a menor de edad, por los que fue acusado en el presente procedimiento, declarándose de oficio las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de Apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en el plazo de DIEZ DIAS.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE