



Roj: **SAP BI 31/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:31**

Id Cendoj: **48020370022019100023**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **21/01/2019**

Nº de Recurso: **66/2018**

Nº de Resolución: **7/2019**

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

Ponente: **MARIA JOSE MARTINEZ SAINZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN SEGUNDA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA

Barroeta Aldamar 10 3ª planta - CP/PK: 48001

Tel.: 94-4016663

Fax / Faxes: 94-4016992

NIG P.V. / IZO EAE: 48.01.1-17/000613

NIG CGPJ / IZO BJKN :48027.43.2-2017/0000613

Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu laburtua 66/2018 - CC

Atestado n.º / Atestatu-zk. : NUM000

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea* : ABUSO SEXUAL A MENOR DE DIECISEIS AÑOS /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

UPAD de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 / DIRECCION000 Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 1 zk.ko ZULUP

Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 180/2017

Contra / *Noren aurka* : Remigio

Procurador/a / *Prokuradorea* : ZIGOR CAPELASTEGUI CRISTOBAL

Abogado/a / *Abokatua* : BORJA VIGO CUBILLED

SENTENCIA N° 7/2019

Ilmo/as. Sres/as:

PRESIDENTE D. MANUEL AYO FERNANDEZ

MAGISTRADO D. JUAN MATEO AYALA GARCÍA

MAGISTRADA Dª. MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ SAINZ

En la Villa de Bilbao, a 21 de enero de 2019.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial la presente Causa de Sala nº 66/18, procedente del Juzgado de Instrucción nº1 de DIRECCION000 , DP nº 180/17 por **DELITO DE ABUSOS SEXUALES A MENOR** , contra D. Remigio , nacido el NUM001 /1997, en DIRECCION000 (Bizkaia), con DNI núm. NUM002 , hijo de Porfirio y de Natividad , declarado solvente por esta causa, representado por la Procuradora D. Zigor Capelastegui Cristobal y bajo la dirección letrada de D. Borja Vigo Cubilledo; habiendo sido parte acusadora el Ministerio Fiscal representado por la Ilma. Sra. Judit Arcellares Gil.



Expresa al parecer de la Sala como Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D^a MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ SAINZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En las presentes actuaciones seguidas por delito de abusos sexuales en fase de instrucción por el Juzgado de Instrucción nº1 de DIRECCION000 , Procedimiento Abreviado nº 180/17, en las que figuraba como encausado D. Remigio , el Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación el 29 de junio de 2018, en el que calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la libertad e indemnidad sexual, en su modalidad de abusos sexuales a menor de 16 años previsto y penado en el art. 183.1CP ; del que estimó responsable en concepto de autor al anterior, conforme al artículo 28 CP , sin concurrir circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad penal, para el que solicitó la imposición de la pena de 2 años y 3 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de costas, con la obligación de indemnizar a Marí Trini en la persona de sus representantes legales la cantidad de 1.500 con aplicación del art. 576 LEC .

SEGUNDO.- Tras el dictado el 11 de julio del Auto de apertura de juicio oral, la Defensa de D. Remigio presentó el 17 de septiembre escrito de calificación provisional en el sentido de solicitar la libre absolución del encausado con todos los pronunciamientos favorables.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial para su enjuiciamiento, correspondieron por turno de reparto a esta Sección 2^a y, se señaló como fecha del juicio oral el día 12 de diciembre y la suspensión del mismo una vez practicada la prueba y prosecución el 17 del mismo mes a fin de que fuera oído como testigo el agente de PAV nº NUM003 , instructor del atestado, al no comparecer el primer día.

CUARTO.- Finalizada la práctica de la totalidad de la prueba propuesta y admitida, el Ministerio Fiscal y la Defensa elevaron sus conclusiones provisionales a definitivas, quedando las actuaciones pendientes sentencia.

HECHOS PROBADOS

Sobre las 22,30h del día **7 de abril de 2017**, la menor Marí Trini , nacida el NUM004 de 2004, se dirigía caminando sola a su domicilio cuando, al llegar a la altura de una zona de contenedores de la c/ DIRECCION001 de DIRECCION000 , salió de entre ellos un joven diciéndole que quería preguntarle algo, y al acercarse le agarró y le tocó los pechos, consiguiendo ella soltarse y abandonando él el lugar.

No ha resultado probado que dicho joven se tratara del hoy acusado D. Remigio , nacido el NUM001 de 1997, con DNI nº NUM002 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los tipos delictivos atentatorios contra la libertad e indemnidad sexual, al cometerse en la intimidad sin presencia de testigos, y no dejar en múltiples ocasiones huellas de su comisión, alcanza una relevancia fundamental el testimonio de la víctima que se erige así en la principal, si no la única en ocasiones, prueba de cargo. Lo que supone una situación límite de riesgo para el derecho constitucional a la presunción de inocencia amparada en el art. 24 CE , al parecer que bastaría con formular inicialmente la acusación y posteriormente mantenerla para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien afirma haber sido víctima de los hechos. Ya que su declaración es la única prueba de la existencia misma del delito y de su autoría.

Por ello, buscando el necesario equilibrio entre la obligación de extremar las cautelas para conjurar los riesgos mencionados y de evitar la impunidad de determinados hechos de tipología delictiva como la que nos ocupa, se han venido estableciendo por el Tribunal Supremo (entre otras muchas en SSTS ROJ 7536/2010 de 22 de diciembre y 6816/2010 de 2 de diciembre) unos parámetros en orden a verificar la racionalidad del proceso valorativo.

El primero es la ausencia de incredulidad subjetiva que pueda resultar de las características o circunstancias personales de la víctima. Su comprobación (SSTS nº 553/2014 de 30 de junio y 706/2000, de 26 de abril) exige un examen minucioso del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, cuyo testimonio es el principal basamento de la acusación. Al ser necesario descartar que la declaración inculpatoria se haya podido prestar por móviles de resentimiento,



venganza o enemistad y, al mismo tiempo, excluir cualquier otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad.

Segundo, verosimilitud de la declaración, en el sentido de que sea lógica, mantenida en el tiempo y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Con el suplementario apoyo, además, de datos objetivos a modo de corroboraciones periféricas que, de una manera directa o periférica, sirvan para corroborar y reforzar aspectos concretos de las manifestaciones inculpatorias. Siendo evidente que la exigencia de verosimilitud debe aquilatarse en aquellos casos en los que el delito, por sus especiales características, no es susceptible de dejar huellas o vestigios materiales de su ejecución.

Y, tercero, persistencia en la inculpatión, que supone examinar la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios por parte de la víctima durante el proceso. Sin exigir una absoluta coincidencia en los sucesivos relatos pero sí que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante, presente en todos ellos.

Aclarando la jurisprudencia que dichos parámetros, en todo caso, no son requisitos que necesariamente hayan de concurrir en su totalidad para que la prueba sea suficiente, a modo de exigencias cuasi-normativas, de tal manera que si se dan todos se concluya necesariamente que la declaración de la víctima es veraz o, por el contrario, cuando falta alguno de ellos resulte obligado descalificar tal testimonio, sino aspectos que han de valorarse por el órgano judicial encargado del enjuiciamiento, posibilitando reafirmar o desechar impresiones, intuiciones o convicciones del Tribunal y ayudando todos ellos, en última instancia, al necesario proceso para generar en el mismo la convicción a que se hace referencia en el art. 741 LECrim de que el testigo ha sido veraz.

En aplicación de lo expuesto, mantiene el Fiscal que la declaración sobre los hechos por parte de la víctima practicada en la instrucción el 11 de enero de 2018 y traída al juicio como prueba preconstituida mediante el visionado de su grabación, y su reconocimiento del acusado como el autor de los hechos efectuado durante la instrucción, tanto en batería fotográfica en sede policial como posteriormente en rueda de reconocimiento judicial, junto con la restante prueba personal y documental, configura la suficiencia de prueba de cargo necesaria para enervar el principio de presunción de inocencia. Restando la relevancia exculpatoria pretendida a las testificales de descargo aportadas por su falta de precisión y ambigüedad.

Por su parte, la defensa, no cuestiona los hechos, pero sí la autoría del acusado, considerando que ha sido en este caso un excesivo celo policial el que ha propiciado una identificación equivocada con una formación de baterías fotográficas cuando había ya sospechas sobre el mismo sin que se le recibiera en cambio declaración como investigado hasta un mes después. Poniendo de manifiesto, asimismo, que al practicarse durante la instrucción la rueda de reconocimiento no antes sino con posterioridad, a la declaración judicial del menor como prueba preconstituida no pudo ratificarse en ella ni ser interrogada sobre el resultado, no habiendo sido tampoco posible hacerlo en el juicio oral, al denegarse la citación de la menor a dichos efectos, por lo que dar validez a dicha diligencia sumarial vulneraría el principio de contradicción y de defensa; estando además contaminada por las diligencias policiales previas de 10 de octubre de 2017 de reconocimiento en batería fotográfica, sin que su imputación formal y lectura de derechos se llevara a cabo hasta el 8 de noviembre de 2017.

Y alega también que las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos -de noche en una calle oscura con iluminación artificial y la víctima nerviosa- junto al hecho de que el reconocimiento fotográfico se llevara a cabo seis meses después pudieron propiciar un error en la identificación, llamando la atención con que el acusado tiene unos ojos azules que no recordaba la víctima. Y que de la ausencia de contradicciones entre sí de las testificales de descargo aportadas, se desprende que sus testimonios se corresponden con la realidad de lo vivido por todos ellos.

SEGUNDO.- Así planteados los extremos sobre los que ha de versar el enjuiciamiento, de la valoración en conciencia, art. 741 LECrim de la prueba practicada no deriva un pronunciamiento condenatorio en la persona del acusado al no haberse alcanzado el estándar exigible de certeza más allá de toda duda razonable de que efectivamente fue la persona que abordó a la menor Marí Trini sobre las 22,30h del día 7 de abril de 2017 en una calle de DIRECCION000 y perpetró la conducta lesiva para su indemnidad sexual objeto del escrito de acusación del Fiscal.

La declaración de Marí Trini, por los motivos que a continuación se exponen, sí permite concluir que se perpetraron contra ella, pero en relación a su autoría, de la prueba se desprende un margen de duda en modo alguno irrelevante que ha de ser resuelto a favor del acusado.

La necesaria valoración de la credibilidad subjetiva de su testimonio, pasa por intentar detectar la existencia de posibles móviles espurios, respecto al acusado (odio, resentimiento, venganza¿) o de otra índole (ánimo



de proteger a un 3º o interés de cualquier otra índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre), que pongan en cuestión la fiabilidad del mismo.

Sobre la concurrencia de móviles espurios, no se ha alegado ni aportado prueba concreta alguna. Y no se aprecia que concurren características físicas o psíquicas en Marí Trini que puedan condicionar su testimonio, más allá de su edad de 12 años al momento de los hechos.

Valorando la verosimilitud de su testimonio, nos encontramos ante un relato con sólidas muestras de consistencia y veracidad, con empleo de expresiones y descripciones concretas y acordes a su edad y al breve intervalo temporal en que se desarrollaron los hechos resultando fácil contextualizar la dinámica comisiva imputada.

En su declaración en instrucción traída al juicio como prueba preconstituida mediante el visionado de la grabación en la que se recoge el resultado de su exploración, *Marí Trini* manifiesta, al contestar a las preguntas que se le formulan que no se aprecian directivas ni cerradas en aspectos sustanciales, que sus aitas estaban en el bar DIRECCION002 de la CALLE000 de DIRECCION000 y les pidió las llaves para irse a casa. Que al subir e ir a cruzar un paso de cebra, salió un chico al que no conocía de una zona de contenedores y si dirigió a ella diciendo " *perdona, una pregunta*". Fue hacia él y entonces le puso la mano sobre el hombro y empezó a bajar hacia el pecho, y ella se quedó en estado de shock. Le agarró de la mano pero ella se soltó y se fue corriendo hacia abajo. Se lo contó a una señora, *llorando y supernerviosa*, quien la acompañó a casa en coche. Describe al chico como rubio, ojos entre marrones y verdes y vistiendo ropa de color verde. Y dice que le vio bien porque aunque era de noche, en el lugar de los hechos había luz.

Existen corroboraciones periféricas del relato en cuanto a la contextualización de lugar y tiempo anterior y posterior a los hechos.

La madre de la menor, *Dª Flor*, relata que su marido y ella estaban tomando algo y Marí Trini les dijo que quería irse a casa por lo que le dieron las llaves. Se fue con otra amiga y su madre que también se iban para casa. Luego su hija una vez en casa les llamó por teléfono llorando y muy nerviosa y les dijo que *un chico le había tocado las tetas*, que le había agarrado de la mano para que no se soltara, pero lo hizo y se marchó pidiendo ayuda a una mujer que la llevó en coche a casa.

Testimonio coincidente con el del padre de la menor, *D. Dionisio*, sobre las circunstancias en que su hija les dijo que se iba y luego les llamó por teléfono para relatarles lo sucedido.

E igualmente coincidente con el de *Dª Hortensia*, mujer que auxilió a Marí Trini nada más ocurrir los hechos y se ofreció a llevarla a casa en coche, manifestando que en el camino le contó lo que le había sucedido, y estuvieron mirando a ver si veía a ese chico por la calle pero sin resultado. Que la acompañó hasta la puerta de su casa, y cuando vio que abrió la puerta su hermana ya se marchó.

Y, el relato de Marí Trini, aunque no rico en detalles derivado de lo efímero del encuentro, ha sido sustancialmente coincidente desde la inicial denuncia en sede policial a finales de abril de 2017 hasta la posterior declaración judicial como prueba preconstituida durante la instrucción, realizada 9 meses después, conformando una base sólida y homogénea sobre la dinámica de los hechos y su ubicación en las circunstancias de lugar y tiempo en que ocurrieron.

No obstante, respecto a la atribución de la autoría de los hechos objeto del relato de la menor impugna la defensa todo el proceso de identificación seguido en la causa. Desde la inicial inclusión de Remigio en el grupo de sospechosos sobre los que se formaron las baterías fotográficas que se exhibieron a Marí Trini, el reconocimiento fotográfico positivo en dependencias policiales y posterior reconocimiento en rueda positivo en sede judicial, junto con la denegación de la ratificación de dicho reconocimiento en el plenario solicitada como prueba en el escrito de calificación provisional.

Del examen de las actuaciones se desprende, y ha sido corroborado por la testifical de los agentes de PAV nº NUM005 y el NUM003, secretario e instructor del atestado respectivamente, que al descartarse en el inicio de la investigación la existencia de testigos o cámaras de grabación en las inmediaciones que pudieran aportar datos sobre la identidad del autor, se solicitó en mayo de 2017 al Juzgado de Instrucción nº1 de DIRECCION000 autorización judicial a fin de realizar comprobaciones con la información grabada en las celdas que dan cobertura a la zona donde se cometieron los hechos, sobre el tráfico de llamadas o datos de telefonía móvil entre las 22,00h y las 22,45h del día 7 de abril de 2017.

Obra en la causa (folios 39 a 43) Auto de 22 de mayo de 2017 del Juzgado por el que, acogiendo la solicitud formulada, se acuerda oficiar a dichos efectos a las compañías de telefonía móvil de Movistar, Vodafone, Orange, Yoigo, Pepephone, Lycamobile y Digimobile para que aportaran la información de datos conservados



relativa a los eventos de la red (tránsito de llamadas, voz, SMS y datos en 2G, 3G y 4G generados en las celdas que daban cobertura a dicha zona.

Reportados mediante atestados ampliatorios la información obtenida de las distintas compañías de telefonía destinatarias de los oficios, declaran los *agentes n° NUM005 y NUM003* que con todo ello obtuvieron un número de unos 20 sospechosos, de edad y características físicas coincidentes con las facilitadas por la víctima, relacionados con los números de abonado detectados.

Que aunque no figuren en el atestado, se hicieron más baterías fotográficas que fueron negativas; algunas de las fotos las obtuvieron de redes sociales. De Remigio pidieron la fotografía del DNI a la policía nacional porque no estaba reseñado, y de forma similar se actuó con los de las otras fotos.

Que a Remigio en concreto lo incluyeron entre los sospechosos porque en el resultado de la geolocalización de las celdas se detectó un teléfono móvil a nombre de una empresa de DIRECCION000 , DIRECCION003 , el n° NUM006 y en sus bases de datos aparecían relacionados con ese número Remigio y su padre. Llamaron el 10 de octubre de 2017 por teléfono a ese número y cogió el padre diciéndoles que el teléfono era el suyo, pero padre e hijo trabajaban en la misma DIRECCION003 y vivían en la misma casa.

Que hicieron una batería fotográfica con fotos de 12 sospechosos y se la enseñaron a Marí Trini y lo tuvo muy claro, una vez reconocida la fotografía n°7, le enseñaron más fotografías, pero volvía atrás y decía que era ése, no recordando que dudara en ninguna otra fotografía. A los folios 60 a 62 obra la diligencias de batería fotográfica utilizada para el reconocimiento en la que se recoge que tras mostrar a la menor el día 10 de octubre de 2017 una batería de fotografías de sospechosos, compuesta por 12 varones de edades similares identifica sin lugar a dudas como autor a la persona que aparece en la fotografía n°7 correspondiente a D. Remigio .

Que al día siguiente, 11 de octubre, acudió Remigio a la Comisaría y afirma el agente NUM005 que le preguntaron sobre los hechos como testigo, aunque ellos ya sabían lo que había, lo tenían claro, afirmando que si llega a autoinculparse hubiera pasado a ser investigado, no siendo hasta el 8 de noviembre cuando le leyeron sus derechos como investigado.

En este particular, contestando a las objeciones formuladas por la defensa sobre la considerada irregular actuación policial al citar al acusado para acudir a Comisaría a fin de preguntarle por su relación con el número de teléfono NUM006 el día siguiente de conocer ya el resultado positivo del reconocimiento fotográfico, no se deriva ningún efecto práctica de dicha alegación. Ya que, conforme a lo recogido en Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, sobre el valor de las declaraciones en sede policial a efectos de valorar la presunción de inocencia, se niega valor probatorio o efecto corroborante de otros medios de prueba, sin posibilidad siquiera de ser subsanada mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron, cuando dichas declaraciones tienen naturaleza autoinculpatoria, lo que no consta fuera el caso a la vista de lo recogido como manifestaciones del mismo en Comisaría el 11 de octubre. Al afirmar entonces, como con posterioridad ha mantenido de forma persistente durante el proceso hasta el día del juicio, que el n° NUM006 era el utilizado por su padre, D. Porfirio , y negando cualquier relación con los hechos objeto de investigación.

Continúan los agentes policiales en su relato como testigos contando que sobre las 12,25h del día 24 de octubre el padre les llamó y les dijo que el teléfono lo había usado él no su hijo; que ese día tanto él como su mujer habían estado por la zona con amigos de potes. Que se detectaron llamadas del teléfono de DIRECCION003 al de la madre y otra con conversación entre ambos. Que el teléfono de la madre, se detectó en un lugar distinto al de la zona de los bares en que dijo haber estado en compañía de su marido. También se detectó la presencia del teléfono titularidad de Remigio (NUM007) pero no se encontró ningún movimiento en el momento de los hechos, sí anteriores, del mismo día, sobre las 8,30h de la tarde, después ya no hubo llamadas. Algunas de las llamadas detectadas eran de la zona de la c/ DIRECCION004 , del gran hotel de DIRECCION000 y de la CALLE001 . Que la zona del gran hotel de DIRECCION000 en línea recta del lugar de los hechos está a unos 300/400km a lo sumo, y una distancia similar al de la zona de bares de la CALLE001 .

Y consta, finalmente, diligencia de reconocimiento en rueda positiva practicada en sede judicial el día 15 de enero de 2018 (folios 97 y 98) en el que Marí Trini en presencia reconoció a Remigio como el autor de los hechos.

Frente a dicho conjunto probatorio sobre el que se construye el testimonio de cargo sobre la dinámica de los hechos y su autoría, el acusado D. Remigio desde su inicial declaración en la instrucción hasta el juicio, ha negado de forma rotunda y persistente ser la persona que abordó y realizó tocamientos de naturaleza sexual la noche del día de autos sobre Marí Trini , de 12 años de edad, cuando caminaba por la calle en dirección a su casa.



Explica en concreto que el día 7 de abril de 2017 estuvo trabajando hasta las 8 de la tarde y se fue a su casa; de su trabajo a casa hay unos 15 minutos en coche por lo que para las 8,30h aproximadamente estaría en casa; se duchó y se cambió, ya que había quedado en el Polideportivo para cenar con amigos. Se fue del polideportivo sobre las 11,30 o 12 de la noche, estuvo con Luis Miguel y Jesús María entre otros amigos; y sobre las 12,15 ya estaba de regreso en casa procedente del Polideportivo, ya que al día siguiente a trabajar a las 9. Niega que ese día vistiera de verde. Y sobre los números de teléfono móvil que usaba manifiesta que el NUM006 era el habitualmente usado por su padre del trabajo, no por él, el NUM008 es de su madre y el suyo es el NUM007 .

Su testimonio ha sido respaldado por sus padres, quienes han declinado acogerse a la dispensa de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim , D. Luis Miguel y D. Jesús María , amigos que dicen haber estado cenando con Remigio ese día en el polideportivo, y D. Alfonso , comercial.

D. Porfirio , relata que su hijo Remigio trabajaba con él en el concesionario de coches de DIRECCION000 . Que el teléfono NUM006 solo lo usa él y Remigio tiene otro. El día de los hechos fue con su mujer y otra pareja de amigos a ver la korrika hasta las 9 y después se fueron a tomar unos potes. Se fueron a su casa sobre las 12 de la noche. Y explica la llamada de su mujer porque en uno de los bares se despistó y les perdió y por eso la llamó y ella no oyó la llamada y por eso al de un rato fue ella quien le llamó.

En el mismo sentido D^a Natividad afirma que el teléfono NUM006 es de su marido, el de su hijo es otro acabado en 707 y que sabe que ese día su hijo había quedado para cenar con unos amigos en el polideportivo de DIRECCION000 .

D. Luis Miguel , afirma que es amigo de Remigio desde que eran pequeños. El día de los hechos estuvieron juntos en el social de un polideportivo. Remigio llegó sobre las 9,15h y luego cenaron; Remigio se fue sobre las 12 o un poco antes, porque al día siguiente tenía que ir a trabajar. Desde el social hasta la casa de Remigio no hay que pasar por donde sucedieron los hechos, ya que más que acercarte a la casa, te alejas. Manifiesta no recordar la ropa que llevaba Remigio ese día.

D. Jesús María , en un testimonio coincidente con el anterior, manifiesta que revisando los whatsapp que se cruzaron esa noche, Remigio sobre las 11,30h o 12h ya estaba en casa.

Y D. Alfonso , afirma que mantenía a la fecha de los hechos y en la actualidad relación con el acusado y su padre por motivos comerciales. Que el día 7 de abril de 2017 estuvo preparando con Remigio un evento en el DIRECCION005 de DIRECCION000 que iba a tener lugar el día siguiente, sábado, y por ese motivo hablaron sobre las 8,30h de la tarde.

A la vista lo expuesto, pese a que el testimonio ofrecido por Marí Trini es creíble en cuanto a la dinámica de los hechos de los que fue objeto, y que no existen elementos de los que dudar de su credibilidad subjetiva ni de su sincera y convencida identificación del acusado como presunto autor, la insuficiencia de elementos corroborantes de dicha autoría, impide alcanzar la certeza requerida para dictar un pronunciamiento condenatorio.

Así, siguiendo al efecto lo recogido en la STS de 25 de mayo de 2016 (ROJ TS 2293/2016) el resultado positivo de una identificación visual practicada en sede policial o judicial tiene que analizarse con una serie de factores -intraprocesales y ambientales y personales- que afectan a la exactitud y fiabilidad de la identificación.

Los factores intraprocesales obligan a constatar que el procedimiento de reconocimiento se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores.

En el supuesto examinado, pese a las alegaciones de la defensa, no se aprecia ninguna tacha en la práctica del reconocimiento fotográfico en sede policial ni en el posterior reconocimiento en rueda judicial posterior con relevancia para afectar a su validez como prueba.

No cabe formular ninguna objeción a que en lugar de mostrar una pluralidad de fotografías obrantes genéricamente en los archivos policiales, se redujera en este caso el número de sospechosos a un colectivo reducido consistente en varones jóvenes que hubieran utilizado el teléfono móvil la noche del día de autos en el intervalo horario y zona en que se perpetraron, y se confeccionaran las baterías con fotografías obtenidas de información de redes sociales en abierto o en archivos policiales.

Y la petición formulada *ex novo* en su escrito de conclusiones provisionales de que se citara al juicio como testigo a Marí Trini efectos de reconocer al acusado como el autor al no haber podido llevarse a efecto dicha ratificación en el sumario por ser la fecha de la rueda de reconocimiento posterior a su declaración en sede judicial, resultaba improcedente dada la minoría de edad de la testigo, siendo por dicho motivo que se practicó su declaración como prueba preconstituida por lo que dicha subsanación, de considerarse necesaria, debió haberse solicitado durante la instrucción, lo que no consta que se hiciera. No habiéndose alegado tampoco



en qué aspectos, más allá de los formales de ausencia de ratificación de un reconocimiento de identificación anterior -que, no ha de olvidarse, también se había llevado a cabo a presencia judicial, con contradicción al haber sido citadas las partes y observancia de las demás prevenciones legales, arts. 369 y 370 LECrim -, le pudo generar indefensión (p.ej, no poder interrogarle sobre aspectos concretos relevantes) a la parte que invoca la nulidad de dicha diligencia.

Pudiéndose decir por todo ello que el proceso de identificación fotográfica en fase policial y de reconocimiento en rueda en el Juzgado cumple los parámetros de razonabilidad y fiabilidad exigibles

No obstante, los factores ambientales y personales que rodean a los hechos y la persona del testigo afectantes a la memoria durante la percepción inicial del suceso y el posterior período de retención ¿ edad y facultades de LA testigo, condiciones de luz, lugar donde se produce el hecho, la duración del suceso, tiempo de exposición de la cara del autor, distancia entre el autor y LA testigo¿- debilitan en este caso el potencial probatorio del reconocimiento positivo del acusado por parte de Marí Trini , y no permiten confiar en la identificación al apreciar insuficiente la probabilidad de que Marí Trini haya podido efectuar una identificación visual correcta.

Resulta de interés en este punto poner de manifiesto que los hechos se produjeron de noche, en torno a las 22,30h, con visibilidad reducida aunque se tratara de un tramo urbano con iluminación artificial, en un breve intervalo de tiempo, en el que no medió conversación alguna sino una sola pregunta antes de acercarse el autor a la testigo saliendo de una zona de contenedores, con una previsible diferencia de altura entre ambos notable, en un estado de nerviosismo por parte de la testigo, y presentando el autor una descripción física sin rasgos singulares (joven, alto, rubio o castaño, ojos entre marrones y verdes y vistiendo ropa de color verde)

Y ante dichas circunstancias que debilitan la capacidad convictiva de dicho reconocimiento *per se* como prueba sobre la autoría las restantes pruebas practicadas, fundamentalmente la detección del uso de un número de teléfono NUM006 que la acusación atribuye al acusado situándolo en la zona y franja horaria del lugar de los hechos, no conforman un conjunto indiciario suficiente para disipar una duda razonable de que se produjera una identificación errónea.

Así, los amigos de Remigio han prestado un testimonio claro y coincidente que le sitúa cenando con ellos en el polideportivo de DIRECCION000 en el intervalo temporal de los hechos.

Los padres de Remigio mantienen que el número de abonado NUM006 de Movistar es titularidad de DIRECCION003 , pero lo usaba el padre, no el hijo.

Y apuntan a la credibilidad de dicha manifestación el dato de que cuando se llamó por primera vez desde Comisaría a ese número de abonado contestó la llamada el padre, no el hijo, el que Remigio aparezca como titular de otro número NUM007 , de la operadora Orange, y que esa noche se detectara en torno a las 20,30h intercambio de llamadas y de datos con dos números de teléfono, habiendo comparecido el abonado de uno de ellos en juicio confirmando que habló con Remigio . No pudiendo dejar de poner de manifiesto que la afirmación efectuada por los agentes policiales de que el número NUM006 lo tenían registrado en sus bases de datos, vinculado al padre y al hijo no ha sido explicada en ningún caso.

Por otro lado, y finalmente, las minuciosas investigaciones llevadas a cabo sobre las celdas de cada operador de telefonía móvil instaladas en DIRECCION000 y las hipótesis alcanzadas en torno a la cuestionada credibilidad de la versión de los padres de que estuvieron juntos esa noche por la zona de bares de DIRECCION000 con amigos dada la existencia de llamadas perdidas entre ellos y la captación de dichas llamadas o tráfico de datos por celdas diferentes, no pasan de ser hipótesis, con ciertas dosis de especulación y no concluyentes, al tratarse de una jornada en la que había tenido lugar un evento deportivo ¿la *korrika* pasaba por DIRECCION000 - con gran afluencia de gente y consiguiente probabilidad explicada en la comunicaciones aportadas a la causa por las empresas de telefonía móvil de que en casos de saturación la señal de captación pudiera *saltara* a una celda distinta a la correspondiente por cercanía.

Conduciendo la totalidad de lo expuesto a concluir que la prueba de cargo aportada no ha permitido alcanzar el convencimiento necesario de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable en aspectos esenciales que afectan a la autoría de los hechos por parte del mismo, por lo que debe dictarse una sentencia absolutoria en su favor con todos los pronunciamientos favorables

TERCERO.- Las costas procesales de conformidad con el artículo 123 CP y 239 y siguientes LECrim se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, debiendo en consecuencia ser declaradas de oficio al ser absuelto el acusado.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLO



ABSOLVEMOS A D. Remigio DEL DELITO CONTINUADO DE ABUSOS SEXUALES A MENOR DEL QUE VENÍA SIENDO ACUSADO, CON TODOS LOS PRONUNCIAMIENTOS FAVORABLES.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Déjense sin efecto cuantas medidas cautelares personales o reales se hubiesen adoptado en relación con el acusado.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de **APELACIÓN** ante la Sala Civil y Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO** (artículo 846 ter de la LECr). El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por abogado/a y procurador/a, presentado en este Tribunal en el plazo de **DIEZ DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de su notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as.

Sres/as. Magistrados/as que la firman, y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el día veintitrés de enero de dos mil diecinueve, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ