



Roj: **SAP GI 2084/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:2084**

Id Cendoj: **17079370032019100287**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **3**

Fecha: **19/11/2019**

Nº de Recurso: **8/2019**

Nº de Resolución: **636/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **ILDEFONSO JUAN RAMON CAROL GRAU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA(PENAL)

GIRONA

ROLLO Nº 8/2019

SUMARIO Nº 1/2019

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 DE DIRECCION000

SENTENCIA Nº 636/2019

Ilmos. Sres.

MAGISTRADOS:

Dª. SONIA LOSADA JAÉN

D. ILDEFONSO CAROL GRAU

D. MANUEL MARCELLO RUIZ

En Girona, a diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Girona, integrada por los Ilmos. Sres. reseñados más arriba, ha visto en juicio oral y público el Rollo nº 8/2019, dimanante del Sumario nº 1/2019 del Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION000, por un **delito de agresión sexual a menor**; seguido contra:

- D. Artemio, nacido el NUM000 de 1975 en DIRECCION000 (DIRECCION001), hijo de Benigno y de Debora, con D.N.I. nº NUM001, domiciliado en DIRECCION000 (DIRECCION001), C/ DIRECCION002 NUM002 NUM003; sin antecedentes penales computables; en libertad provisional por esta causa desde el día 26/6/2017, pero habiendo permanecido detenido por ella desde el día 25/6/2017 hasta entonces; representado por la procuradora Sra. Rosa Llum Fernández Feliu, y defendido por la letrada Sra. Montserrat Vinyets Pagès.

Habiendo sido parte acusadora el Ministerio Fiscal, y actuando como Ponente el **Ilmo. Sr. Magistrado D. ILDEFONSO CAROL GRAU**, quien expresa en esta sentencia el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron por atestado policial nº NUM004 de fecha 25/6 de la Comisaría de DIRECCION000 de Mossos d'Esquadra, que dio lugar a la incoación en el Juzgado de Instrucción nº 2 de dicha ciudad de las Diligencias Previas nº 201/2017 el día 26 de junio de 2017. Unas diligencias que fueron convertidas en Sumario 1/2019 por Auto de fecha 4/1/2019; continuando su tramitación hasta el señalamiento a juicio, el cual se llevó a cabo el pasado día 14 de los corrientes.



SEGUNDO.-1- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos imputados como constitutivos de un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años de los artículos 183.1 y 2 del Código Penal; sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, y del cual consideró autor al acusado; solicitando que se le impusiera la pena de ocho años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo, solicitó las penas accesorias de prohibición de aproximación a menos de 300 metros a la víctima, o de comunicación con ella, por tiempo de diez años, inhabilitación para cualquier profesión u oficio que suponga tener contacto con menores por tiempo superior en tres años a la de prisión, y libertad vigilada durante los diez años posteriores al cumplimiento de la pena de prisión; y que el acusado indemnizara a la perjudicada Marta con 1.500 euros por los daños morales. Con más la imposición al condenado del pago de las costas.

2- La defensa del señor Artemio, en sus conclusiones definitivas, solicitó con carácter principal la libre absolución de su cliente. Y, de forma subsidiaria, que se estimara concurrente un delito de abuso sexual del artículo 183.1 CP, junto con la atenuante de reparación del daño; por los que pidió una pena máxima de dos años de prisión.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- 1- El procesado Artemio, cuyas circunstancias personales figuran más arriba, se encontró en la noche del día 24 al 25 de junio de 2017 con la menor Marta en la PLAZA000 de DIRECCION000, donde había acudido a pasear a su perro.

2- No ha quedado probado que el procesado, guiado por la intención de obtener una satisfacción sexual y aprovechando la diferencia de edad entre él y Marta, la agarrase por los brazos para inmovilizarla, colocándola de espaldas frente a él, y le levantase los pantalones para tocarle con la mano las nalgas. Y tampoco que, acto seguido y manteniéndola inmovilizada, introdujese sus manos por debajo de la camiseta y del sujetador de Marta, y le tocase los pechos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- 1- Es conocido que desde tiempo atrás el Tribunal Supremo, especialmente en los delitos de naturaleza sexual -por la situación de reserva o privacidad en que con frecuencia se suelen perpetrar- es unánime al considerar que la declaración de la víctima del delito, aun siendo la única prueba, resulta suficiente para destruir la presunción de inocencia del acusado; pero la aptitud y suficiencia, como prueba de cargo, de la declaración de la víctima del delito viene condicionada a que no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones, o provoquen dudas en el Juzgador que le impidan formar su convicción; es decir, que venga revestida de la necesaria credibilidad, extremo cuya apreciación corresponde en exclusiva al Tribunal a quo (SSTS de 12/11/1990, 28/11/1991, 18/12/1992, 12/6/1995 y 2/1/1996, entre otras muchas).

La Jurisprudencia (SSTS, entre otras, de 9/9/1992, 26/5/1993, 19/12/1997, 15/6/2000 y 28/9/2001) ofrece unos criterios orientativos a los Tribunales de instancia para la valoración de esa prueba testifical de la presunta víctima; en relación con todas las circunstancias que rodearon el hecho, y con la prestación del testimonio en las distintas fases del procedimiento. En concreto, se requiere: a) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones entre el acusado y la víctima, que permitiera presumir que la segunda actúa y obra por móviles de resentimiento, de venganza o de enemistad, determinando por ello la incertidumbre del Juzgador; b) corroboración del testimonio inculpatario con datos objetivos concomitantes y claramente relacionados, que contribuyan a su verosimilitud; y c) solidez de las manifestaciones inculpativas, que han de ser persistentes, plurales y sin cambios sustanciales entre unas a otras; sin que tampoco surjan en (o entre) ellas ambigüedades y contradicciones.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta "el contexto en el que hay que tratar del valor que cabe dar a los indicadores jurisprudenciales de "verosimilitud", "ausencia de incredibilidad subjetiva" y "persistencia en la inculpatación", de los que la sala de instancia hace uso en la sentencia, en la apreciación de la testifical de cargo. Estas pautas, tomadas a veces indebidamente con cierto automatismo, cual si se tratase de criterios de prueba legal, tienen sólo un valor muy relativo. En efecto, su incumplimiento podrá servir -en negativo- para desestimar el testimonio en sí mismo inverosímil, el autocontradictorio y el dictado por móviles espurios. Pero es obvio que el relato de una situación imaginaria, bien construido y hábilmente expuesto, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos momentos del trámite. Y se sabe asimismo por experiencia (clínica y también judicial) que hay personas que atribuyen a otro la realización de una conducta punible nunca ejecutada por él, sin propósito de perjudicarlo, sólo como consecuencia de un error de percepción, debido al padecimiento de algún tipo de trastorno o por otro razones, no necesariamente



conscientes. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun odiando, dijera realmente la verdad al imputar la realización de una conducta punible. En consecuencia, el contenido de una testifical que supere ese triple filtro no debe ser tenido como válidamente inculpatario. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado a línime como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, cabrá pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos" (de la STS 230/2010, de 19/3; en el mismo sentido STS 3/2015, de 20/1).

2- Sentencias recientes, como las STS 717/2018 o la 66/2019 de 7/2, han venido a completar dichas pautas, incidiendo en el hecho de que la superación del "test de credibilidad" que supone el cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos no implica, automáticamente, la veracidad de aquella declaración; ya que "atribuir a la víctima, por serlo, la condición de oráculo incuestionable de lo verdadero, no puede erigirse en criterio de decisión de la sentencia penal" (de la STS 66/2019 citada). En particular, esta última sentencia nos recuerda que "cabe reflexionar sobre la aceptabilidad de la regla (tan usual en la praxis jurisdiccional) que proclama que la inexistencia de motivos espurios, o la persistencia en el relato garantiza que el testigo-víctima dice la verdad. O la que postula que la verosimilitud de lo que imputa refrenda su fiabilidad. La crítica a estereotipos similares puede contribuir a erradicar errores, antes y más allá de la razonabilidad de las dudas respecto de las conclusiones fundadas en aquéllos. Como ocurre si atendemos a que la no constancia de motivos espurios no implica necesariamente su exclusión, o que la persistencia puede ser más fruto de la maliciosamente calculada preparación del relato mendaz o si la verosimilitud es menos convincente que una razonable exigencia de corroboración externa. Podría también cuestionarse que la pertenencia de la víctima a un género garantiza por sí sola la exclusión de lo mendaz. Tanto más si, desde esa misma premisa, se proscribiera cualquier intento de contraprueba sobre aspectos personales de aquélla, por más relevantes que se puedan considerar en cuanto a la credibilidad. Por otro lado, mal puede asumirse la veracidad de una persona por ser víctima si tal condición no es atribuible como probada, sino solo como afirmada, hasta que concluya el proceso mismo".

Una concepción del todo coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; pues la STC 81/1998 señala que la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, opera -en el ámbito de la jurisdicción ordinaria- como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable.

3- La subsistencia, o no, de una duda razonable parece sin duda un canon objetivo, pero es de muy difícil concreción en reglas prácticas para determinar qué características ha de reunir la prueba de la culpabilidad para que se pueda considerar cumplido. Pues la afirmación de la culpabilidad -la imputación subjetiva y objetiva de un hecho injusto y típico- siempre habrá de ser objeto de una prueba muy rigurosa, capaz de convencer a cualquiera; *sensu contrario*, de mostrar que la duda carece de sentido. Como señalan las STC 87/2001 o 141/2006, al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema -la pena criminal-, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado, y por ello en el núcleo más 'sagrado' de sus derechos fundamentales; por lo que cabe exigir a la acusación una solidez en la prueba que haga indiscutible la realidad de la imputación.

En suma: en casos como el presente, en que la única prueba de cargo es la declaración de la víctima - pues como se verá ninguno de los demás indicios aportados afecta al núcleo de la acusación, la supuesta agresión cometida, sino a datos periféricos, como sea el estado de la menor poco después de los hechos, o el del denunciado- se requerirá no solo que ésta supere el "test de credibilidad" a que antes nos hemos referido, sino también el que podríamos llamar "test de veracidad"; algo que deberá verificarse en cada caso concreto según sean sus circunstancias, pero siempre teniendo presente que dicho test solo se superará cuando, tras la práctica de la prueba en juicio, cualquier duda sobre la culpabilidad del acusado carezca objetivamente de sentido. Ya que "para objetivar esa certeza será además necesario la aceptación de ese convencimiento como correcto desde estándares probatorios no meramente subjetivos; porque no importa si el tribunal (subjetivamente) duda o no, sino si (objetivamente) debe o no dudar" (de la STS 66/2019 antes citada).

SEGUNDO.-1- En el caso presente, sin embargo, la Sala considera que la declaración de la menor Marta no supera, por las razones que se dirán, el test de credibilidad; por lo que resulta innecesario plantearse si llegaría a superar el segundo.

La principal razón que lleva al tribunal a no conceder crédito bastante a su declaración es la importante cantidad de contradicciones que, tanto entre sus cuatro declaraciones -la policial, la prestada ante el instructor, la exploración hecha el día 17/1/2018 por las psicólogas señoras María Angeles y María Cristina y la prestada en juicio- como, incluso, dentro de cada una de ellas, apreciamos; algo que no cabe justificar atendiendo al tiempo transcurrido, pues los hechos no solo son relativamente recientes, sino breves y de escasa complejidad. Lo que hace aún más extraño que, en los sucesivos relatos llevados a cabo por la menor sobre lo sucedido, aparezcan disonancias tan manifiestas.



Así, y en primer lugar, Marta explicó a la policía que su agresor se acercó por detrás, la cogió por la espalda y le puso las dos manos en el trasero, intentando tirar hacia arriba del pantalón y magreándole las nalgas; para después cogerla con los dos brazos por la espalda, sujetándola fuertemente y poniendo las dos manos por dentro del sujetador en sus pechos, hasta que ella gritó llamando a su amigo Balbino, y acto seguido le dio al agresor un mordisco en la muñeca izquierda -"no muy intenso"-, y él se separó y marchó corriendo. En su declaración judicial, sin embargo, manifestó que "el denunciado la giró, le miró los pantalones, le llegó a subir los pantalones y le tocó el culo"; así como que le metió las manos por debajo del sujetador, le tocó los pechos y acto seguido "intentó" morderle en el brazo, tras lo que llamó a su amigo Balbino y el agresor se fue. A las doctoras María Angeles y María Cristina, por otro lado, les dijo que el agresor la cogió fuerte por el brazo, y se puso detrás de ella, empujándola contra él y envolviéndola en sus brazos mientras le magreaba el culo por dentro de los pantalones, y los pechos por dentro de la camiseta; para marchar tras morderle ella en el antebrazo, y empezar a gritar llamando a su amigo Balbino inmediatamente después del mordisco. Finalmente, en la vista oral Marta explicó que el agresor le metió "la mano" por debajo del pantalón corto, para rectificar inmediatamente y decir que ambas manos; que luego "intentó" meterle las manos en el pecho, por dentro de la ropa, y que entonces ella le mordió; rectificando de nuevo, a preguntas de la Fiscal, para decir que consiguió meter las manos por el sujetador, y que la retenía con "el brazo". Y concluyendo con que entonces llamó a su amigo Balbino, y el agresor se marchó.

2- Cuando comparamos las cuatro declaraciones de Marta, aparece que 1) en la primera el agresor se acerca por la espalda, mientras que en la segunda "la giró" -lo que implica que se acercó por delante-, en la tercera que la cogió del brazo y se puso detrás de ella, y en la cuarta no lo precisa; 2) en la primera le pone las dos manos en el trasero mientras la sujeta por la espalda, "intentando" tirar hacia arriba del pantalón, en la segunda le toca las nalgas -no dice si por fuera o por dentro de la ropa- y le llega a subir el pantalón, en la tercera el agresor la empuja contra él y la envuelve en sus brazos mientras le magrea el culo por dentro de los pantalones, y en la cuarta duda si le metió una o las dos manos, y es por debajo del pantalón; 3) en la primera le da al agresor un mordisco "no muy intenso" en la muñeca izquierda (aunque ante la policía dice una "queixalada" y no una "mossegada", lo que poco o nada concuerda con la tesis de que le dio un mordisco "suave"), en la segunda dice que "intentó" morderle, en la tercera que le mordió en el antebrazo, y en la cuarta sólo dice que le mordió, y seguramente "sin dejarle marca"; y 4) en la primera grita llamando a Balbino antes de morder al agresor, y en las otras tres el grito es posterior al mordisco, o al "intento" de mordisco.

A lo anterior hay que sumar que, para la Sala, la primera y la tercera de las versiones de los hechos que Marta ha ofrecido son, sencillamente, imposibles desde un punto de vista material; pues la primera requeriría que el señor Artemio tuviera un mínimo de cuatro brazos -cinco si no había soltado la correa del perro que paseaba- para poder sujetar a la menor estando él a su espalda y, simultáneamente, magrearle ambas nalgas con las dos manos; y la tercera lo mismo, pues en ella también el agresor la sujetaba por la espalda, envolviéndola en sus brazos mientras le magreaba el culo por dentro de los pantalones. Pero es que, además, la acción de meter las manos -con las dos palmas hacia las nalgas, para poder así sobarlas- por debajo de un pantalón corto, llevado por una persona que no es muy alta -como la Sala ha podido comprobar en el caso de Marta- requiere con seguridad que el agresor se agache parcialmente, o al menos que incline el tronco hacia delante en un cierto grado; lo que le imposibilita para sujetar con los brazos, al mismo tiempo y desde detrás, a la persona a la que mete las manos.

Por otro lado, tampoco tiene ningún sentido que la menor manifieste haber mordido al señor Artemio, aunque sea cierto que, conforme ha ido pasando el tiempo, la versión de la menor haya "suavizado" progresivamente la intensidad del bocado. Lo que decimos porque obra en autos informe médico inmediatamente posterior a los hechos, ratificado en juicio por su autora -la doctora Juliana- en el que se concluye que el procesado no presentaba ni siquiera "lesiones de rascado" en los brazos, y menos aún hematomas.

En resumen, y siendo posible que hayamos omitido alguna otra contradicción o incongruencia -pues la declaración en juicio de Marta fue la más inconcreta y elusiva de las que ha prestado hasta ahora- sorprende al Tribunal que aparezcan tantas contradicciones entre las distintas versiones que la menor ha dado de un hecho tan breve y simple; alguna de tanto calado como las más arriba recogidas. Y lo esencial, a efectos de este juicio, es que tal cúmulo de imprecisiones solo puede llevar a descartar la validez de su testimonio como prueba de cargo; pues " *Conviene señalar ya que no se trata de decidir si la denunciante miente, conscientemente o no. Lo relevante, en este caso y en otros similares, es si su declaración inculpatoria es suficiente, por sus características y por las circunstancias que la rodean, para enervar la presunción de inocencia*" (de la STS de 25/5/2016).

3- Por cuanto afecta a la restante prueba practicada en el juicio, ya hemos dicho que carece de entidad para, por sí sola, sostener la acusación formulada. Así, la declaración del amigo de la menor Balbino se limita a confirmar que ella le contó sucintamente los hechos, y que cuando llegó donde Marta estaba la encontró nerviosa, y solo pudo ver al procesado marchándose con su perro. Y las otras dos testificales practicadas, de



las señoras Trinidad -vecina del procesado- y Aurora -su esposa- resultarían en todo caso favorables a la defensa; pues la primera sostuvo en juicio que vió al señor Artemio hablando con Marta con toda normalidad, sin presenciar incidente alguno entre ellos, y la segunda indicó que cuando el procesado llegó a casa no notó nada anormal en él -menos aún marcas de mordiscos-, y que se enteró de que algo había sucedido al llegar Balbino a su portal y empezar a increpar a su marido. Siendo también el señor Artemio concluyente en que el único incidente que hubo entre ellos es que él recriminó a Marta que fumase marihuana, y ella se enfadó por eso.

Finalmente, y respecto del informe de las psicólogas señoras María Angeles y María Cristina que figura en autos (folios 82 a 86), lo primero que ha de decir la Sala es que nos sorprende que, vistas las incongruencias en que incurrió la menor en la exploración que llevaron a cabo en fecha 17/1/2018, puedan decir que *"la menor ha efectuat una declaració creïble"*. Pero no es nuestra función juzgar su trabajo, por otro lado habitualmente de probada competencia; baste con decir que no podemos estar de acuerdo, en absoluto, con sus conclusiones, a la vista de las contradicciones en que la menor ha incurrido en sus diferentes relatos. En particular, en el que a ellas les ofreció; pues la acción de "envolverla en sus brazos -desde detrás de ella- mientras le magreaba el culo por dentro de los pantalones" es de imposible realización, como ya hemos dicho, si el sujeto activo tiene solo dos brazos.

No existiendo, pues, ninguna prueba sustancial de cargo contra el procesado, quien ha negado los hechos imputados, entendemos que procede absolverle del delito de agresión sexual a menor por el que venía acusado.

TERCERO.- 1- No existiendo condena penal, corresponde declarar las costas de la instancia de oficio.

2- No procede, tampoco, la apreciación de responsabilidad civil alguna.

3- La absolución aquí dictada implica la necesidad de dejar ya sin efecto las medidas cautelares -de alejamiento y prohibición de comunicación con Marta - impuestas al señor Artemio en fecha 26 de junio de 2017; pues ningún sentido tiene mantenerlas una vez se declaran no probadas las acusaciones que dieron lugar a su adopción.

Vistos los artículos citados, y los demás de general y específica aplicación,

FALLAMOS

QUE ABSOLVEMOS LIBREMENTE A Artemio del delito de agresión sexual a menor de dieciséis años por el que venía acusado; **declarando de oficio** las costas causadas.

Se declaran canceladas las medidas cautelares de alejamiento y prohibición de comunicación con Marta que fueron impuestas al procesado en fecha 26 de junio de 2017.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de Apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, el cual deberá presentarse ante esta Audiencia Provincial en el plazo de diez días a partir de la última notificación.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Sr. Magistrado Ponente con esta fecha, hallándose celebrando audiencia pública; doy fe.