



Roj: **SAP GI 2107/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:2107**

Id Cendoj: **17079370042019100361**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **4**

Fecha: **13/12/2019**

Nº de Recurso: **27/2018**

Nº de Resolución: **534/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **ADOLFO JESUS GARCIA MORALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **SECCIÓN CUARTA (PENAL)**

#### **GIRONA**

#### **ROLLO DE SUMARIO Nº 27/18**

#### **SUMARIO Nº 3/18**

#### **JUZGADO INSTRUCCIÓN Nº 1 DE FIGUERES**

#### **SENTENCIA Nº 534/2019**

#### **PRESIDENTE:**

D. ADOLFO GARCÍA MORALES

#### **MAGISTRADOS:**

D. FRANCISCO ORTI PONTE

D. VICTOR CORREAS SITJES

En Girona, a 13 de diciembre de 2019

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Girona, integrada por los magistrados anotados al margen, ha visto en juicio oral y público el Rollo de Sumario nº 27/18, dimanante del Sumario nº 3/18 instruido por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Figueres por un delito de abuso sexual con penetración contra Anibal , representado por la procuradora D<sup>a</sup>. LAURA PAGÈS AGUADÉ y defendido por el letrado D. FERNANDO LAMBEA ARCEIZ, habiendo sido parte acusadora el MINISTERIO FISCAL, y ponente el Magistrado D. ADOLFO GARCÍA MORALES.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Las presentes actuaciones se incoaron en méritos de atestado instruido por agentes de la comisaría de los Mossos d'Esquadra de Roses.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual con penetración del art. 181. 1 y 4 del Código Penal, del que consideró autor al acusado Anibal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena de 6 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento durante 10 años, sin fijar distancia alguna, a Eufrasia , a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro frecuentado por ella, y libertad vigilada durante 8 años a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, debiendo indemnizar a Eufrasia en la suma de 10.000 euros.



**TERCERO.-** La defensa del acusado en sus conclusiones definitivas solicitó la libre absolución de su patrocinado, con todos los pronunciamientos favorables, por considerar que los hechos que se acreditaron en el plenario no eran constitutivos de delito.

## HECHOS PROBADOS

**ÚNICO.-** En la madrugada del día 19-3-17, sobre las 3:00 horas y desde una zona de pubs de la localidad de l'Escala, Eufrasia envió un mensaje telefónico al acusado Anibal , mayor de edad y sin antecedentes penales, con el que desde hacía unos meses mantenía relaciones sexuales esporádicas. El acusado la recogió con su coche y la llevó hasta su domicilio, al que voluntariamente subió Eufrasia , y tras pedirle y vestirse un pijama y poner a cargar el móvil con el cargador que le proporcionó el acusado, ambos se echaron a dormir en la única cama que había en la vivienda. En el curso de esa situación el acusado penetró vaginalmente a Eufrasia , sin que conste que ella le hubiera advertido que no quería mantener relaciones sexuales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos que se declaran acreditados no son constitutivos del delito de abuso sexual con penetración del art. 181. 1 y 4 del Código Penal por el que el MINISTERIO FISCAL ha elevado a definitivas sus conclusiones provisionales.

Nos encontramos, como en tantas ocasiones ocurre en la actividad delictiva, y muy particularmente en los delitos de orden sexual, con el examen de una presunta infracción que se habría producido al margen de toda publicidad, en un recinto cerrado en el que solo se hallaban víctima y agresor, ajeno por lo tanto al testimonio directo de terceras personas que pudieran ilustrarnos sobre lo sucedido. Ello no supone una ausencia de toda probatura por entender que las versiones acusatoria y defensiva se compensan, sino que el análisis de la prueba debe ser sometido a ciertos parámetros de examen fijados reiteradamente por la jurisprudencia.

Ésta señala tres requisitos que debe reunir la declaración de la persona perjudicada para que en situaciones de secretismo pueda atribuirse un cierto valor de prueba incriminatoria a tal manifestación como son, a) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones entre acusado y víctima, que permitan presumir que la segunda actúa y obra por móviles de resentimiento, venganza o enemistad, determinando la incertidumbre del juzgador; b) corroboración del testimonio de la víctima por datos objetivos concomitantes y claramente relacionados que contribuyen a la verosimilitud de ese testimonio; y, c) solidez de las manifestaciones incriminantes que han de ser persistentes, plurales, sin cambios sustanciales de unas a otras y sin ambigüedades, ni contradicciones.

Ahora bien, la superación de tales barreras no implica la credibilidad de lo que en esa declaración se dice, sino la habilidad de la misma para que pueda ser valorada en condiciones en el acto del plenario en relación con el resto de la prueba que allí pueda verse. Que la declaración de la víctima obedezca a parámetros razonables no implica que sea cierta y que responda como un molde a la realidad, pues la persistencia en la incriminación, la corroboración periférica y la ausencia de motivos de incredulidad no son sino valores o pilares que dotan a la probatura de ciertas garantías pero en modo alguno de infalibilidad.

Hemos tenido la ocasión de decir en otras ocasiones, bajando a la arena de los requisitos antes vistos que *"cuando la declaración de la... perjudicada se convierte en el eje de la convicción del tribunal y la pena pedida es de tanta gravedad, la confianza en el acierto y veracidad de sus manifestaciones no puede pasar con el conformarnos genéricamente con su versión, sino que ésta ha de ser desmenuzada en sus apartados individuales para tratar de ver que todas las versiones se cohonestan en sus elementos esenciales, pues de no ser así tal declaración no debe erigirse en marco esencial de la condena. La verosimilitud subjetiva o personal no puede ser una patente de corso para dejar de ver aquellos errores en el relato que objetivamente la aminoran"*.

En el voto particular de la STS de 17-1-19 emitido por el magistrado D. LUCIANO VARELA CASTRO se hacen afirmaciones muy similares a las que acabamos de hacer. Así se dice que *"dado que la exclusión de la presunción constitucional solamente es admisible si se prueba lo contrario a lo que aquella presume, la regla-excepción invocada para justificar la condena debe suministrar un criterio de corrección de la declaración de lo probado con autoridad reconocida para convencer, conforme al criterio generalizado, de su hegemonía frente a otras interpretaciones posibles, incluso razonables. Esa objetividad de la aceptación implica objetividad en la certeza más allá de la subjetividad de quien hace la valoración"*. O también 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 esta suerte por más que la versión incriminatoria sostenida por la perjudicada resulte



subjetivamente verosímil, no implica otorgarle un carácter de autoridad como si la víctima fuera "*oráculo incuestionable de lo verdadero*".

Creemos que la prueba se centra en tres ejes, dos de ellos coincidentes salvo en lo relativo al consentimiento de la víctima, como son, la declaración de la perjudicada, la declaración del acusado y la prueba pericial médica. El resto de las probaturas poco o nada han contribuido a mover en uno u otro sentido la convicción del tribunal. Así, por ejemplo, las manifestaciones de un profesor de la perjudicada o de la directora del centro donde cursa sus estudios, que fueron quienes recibieron de una forma pública la noticia del supuesto delito en primer lugar, dado que no mantenían con Eufrasia ningún tipo de relación ajena a la académica, de suerte y manera que era la primera vez que les expresaba un hecho de naturaleza personal. No declararon otras personas que habrían quizá podido presentar un testimonio más cercano como los padres, o incluso una amiga, a la que menciona en su declaración judicial e identifica con el nombre de Marisol.

O también ocurre con las muestras remitidas al laboratorio científico, remisiones innecesarias a la vista de lo declarado por el acusado y el tiempo transcurrido. En una se certifica la ausencia de restos seminales, lo cual aportaba bien poco al acervo probatorio porque el propio acusado reconoció en todo momento el mantenimiento de una relación sexual completa y consentida, de suerte que su falta de hallazgo a los varios días del suceso denunciado no implica otra cosa que la limpieza posterior de la zona vaginal o la falta de eyaculación final. Y en la otra se certifica la ausencia de rastros de alcohol en las muestras de orina de la perjudicada, lo cual era evidente dado que aunque hubiera estado afectada en el momento de los hechos por el consumo inmoderado de alcohol u otras sustancias, éstos desaparecen con cierta prontitud por el proceso químico de la metabolización.

Las versiones del acusado y de la perjudicada son similares en lo que concierne a las circunstancias genéricas del encuentro. Salieron por separado, se conocían de unos meses antes, al haber mantenido varios encuentros calificados como de "interés sexual", ella lo llamó a él por la noche a través de un mensaje telefónico, el la llevó a su casa a donde ella aceptó subir, el le dejó a ella un pijama y se echaron en la misma cama. Las discrepancias se centran en que ella ya avisó al acusado a la hora de subir al coche de que no tenía esa noche ningún tipo de deseo sexual con él y que le pedía sólo ayuda para que la llevase a su casa, aviso o negativa que se extendió a todos aquellos momentos posteriores en que el acusado la trataba de abrazar en el coche antes de subir a la vivienda, o la tocaba en zonas de contenido sexual ya en la cama, o incluso la penetraba cuando ella estaba dormida, mientras que el acusado ha sostenido que no hubo ningún tipo de aviso o negativa explícita y que ella consintió las relaciones sexuales como en otras ocasiones había ocurrido.

Desde luego la versión de la perjudicada no ha resultado fabuladora o increíble. Creemos que no existen móviles de resentimiento u odio, más allá de que ella manifestó que ya hacía un tiempo que había dejado de mantener relaciones sexuales con el acusado debido a que le oyó comentarios de tipo racista u homófono que a ella no le gustaron; fue la propia perjudicada la que acudió al acusado en busca de un cierto auxilio para que la llevase a su casa desde la zona de ocio en la que se encontraba, dado que estaba a unos 50 minutos andando, estaba mareada o afectada por los consumos de alcohol y un poco de marihuana y ningún otro amigo podía acompañarla al no disponer ni de coche ni de carné.

E igualmente el relato de la perjudicada ha resultado ajeno a las contradicciones. En la declaración que hizo en el plenario se mostró franca y explícita, no rehuyendo ninguna pregunta, pensando las respuestas sin que se apreciase algún tipo de intento de engaño, recordando pequeños incidentes menores sin especial importancia, como el de poner a cargar su móvil, lo que molestó al acusado por la iluminación que provocaba el aparato telefónico en el proceso de recarga. Así pues, pese a que la defensa ha considerado contradictorio dicho testimonio desconocemos en qué concretos puntos puede sostenerse tal afirmación.

De todos modos no podemos dejar de traer a colación el hecho de que la perjudicada ha reconocido la existencia de múltiples lagunas de memoria, por no recordar grandes espacios de lo sucedido, de suerte tal que esa verosimilitud de partida no puede ser sino parcial, compatible exclusivamente con lo que ella narró como recordado, pero no puede extenderse a aquellos apartados del suceso que no fueron expuestos por no haber podido ser refrescados en la memoria. Nos encontramos por lo tanto con una exposición que puede gozar de los valores genéricos de la verosimilitud, pero muy fragmentaria.

Sin embargo la declaración del acusado ha resultado igualmente creíble. Sin fallas ni lunares que la desfiguren, sin incurrir en contradicciones de importancia. Es cierto que solo ha contestado a las preguntas formuladas por su letrado, evitando, conforme es su derecho fundamental, las preguntas de la acusación pública, pero las preguntas que se le han formulado han tenido una cierta completud en el sentido de que no se ha limitado al examen de una parte del relato acusatorio, sino a su totalidad, es decir, incluso al cuestionamiento, circunstancias y pormenores de la relación sexual; ha sido coincidente con la perjudicada en todo lo expuesto por ella, salvo en la falta de consentimiento para la relación sexual.



Por lo tanto, y llegados a este punto, hemos de pasar al apartado que entendemos fundamental en el examen de la prueba como es la corroboración del testimonio a través de elementos externos que le doten de una cierta objetividad. Como ya hemos dicho la confianza en la credibilidad de una persona, es decir, que nos parezca que lo que dice responde con más acierto a la realidad de lo sucedido, no deja de tener un gran margen de subjetividad según quien sea el intérprete, si no hay elementos que le doten de firmeza y que la enraícen; la bondad de un testimonio puede provocar en el oyente una sensación de credulidad, pero esa situación personal no debe suponer necesariamente prueba de lo sucedido hasta el punto de que despeje los obstáculos del "in dubio pro reo". Que un relato resulte creíble no implica que sea prueba en un juicio de lo que en él se explica.

Pues bien, existe un elemento que en apariencia nos podría dar un fuente de cierta certeza o de corroboración de la versión de la víctima, como es que en el examen ginecológico que se le practicó a las 48 horas de los hechos se evidenció una "pequeña laceración en horquilla vulvar". Esa concreta tipología de herida fue declarada compatible con una agresión sexual por parte de las facultativos que intervinieron en el plenario. Ahora bien, la apariencia de ese elemento corroborador del abuso sexual con penetración inconsciente dista mucho de ser plena porque la acusación se ha conformado exclusivamente con comprobar la existencia de la lesión, sin preguntar nada acerca de su tamaño, situación en la horquilla vulvar, tiempo de curación, etc. Además de lo anterior hemos de recordar que la aparición de la herida en una zona tan sensible es perfectamente compatible con una penetración no consentida, pero que no se podía afirmar con toda seguridad, según criterios científicos, que ese fuera necesariamente el mecanismo causal, pues existían otro tipo de posibilidades que también podrían haber generado esa herida.

Sin duda alguna existía teóricamente otro elemento de corroboración como era el contenido de los mensajes telefónicos que la perjudicada envió al acusado, pues en ellos se concretaría, quizá, el motivo de la llamada y las especificaciones que al parecer la perjudicada impuso desde el primer momento, a fin de que el acusado no confundiera la petición de ayuda con algún tipo de impulso o requerimiento sexual, como había ocurrido en otras ocasiones. Sin embargo dichos mensajes fueron borrados voluntariamente por la perjudicada, acción que ella se reprochó a sí misma en el acto del juicio, pero que no acabamos sinceramente de entender, porque los mismos suelen constituir un buen mecanismo de prueba de lo que se pretende denunciar, de suerte que, habiendo decidido denunciar, habiendo comentado el hecho con terceras personas, una amiga, los profesores del instituto y la propia familia directa, y habiendo acudido al médico para que se certificase el estado de sus órganos genitales, nos parece una actuación muy irregular la de desprenderse voluntariamente de un mecanismo de prueba tan accesible como el que ahora nos ocupa.

Por todo lo expuesto, existiendo dudas razonables sobre la inexistencia del consentimiento, no procede sino la absolución del acusado.

**SEGUNDO.-** No procede hacer condena en costas al resultar absuelta la persona contra la que se dirigía la acción penal, tal y como prescriben los arts. 123 del Código Penal y 238 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**VISTOS** los preceptos legales y principios citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER** al acusado Anibal como autor responsable de un **DELITO DE ABUSO SEXUAL CON PENETRACIÓN**, sin hacer especial imposición de las costas causadas.

Déjese sin efecto la medida cautelar de orden de alejamiento y comunicación acordada por el Juzgado Instructor por auto de fecha 02/05/2017.

Contra esta Sentencia puede interponerse Recurso de Apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que deberá presentarse ante esta Sala, en el plazo de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia.

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 magistrado-ponente que la dictó, en audiencia pública en el mismo día de su fecha; doy fe.